Die Unterschlagung nach den Entwürfen verglichen mit dem geltenden Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Hohen juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Alois Reiter

aus Ruhensdorf

Referendar am Stadtrat München

Approbiert am 8. Januar 1930

Buchdruckerei Otto Mauser, Forchheim Ofr., Paradeplatz 3

1 9 3 0

31:10

Referent:
Universitätsprofessor Dr. August Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsangabe.

Seite

Literatur 4

A. Die Einfache Unterschlagung 1
in den Entwürfen verglichen mit dem geltenden Recht

I. Gegenstand 1
II. Handlung 13
III. Rechtswidrigkeit 21
IV. Innerer Tatbestand 23
V. Vollendung und Versuch 30
VI. Strafen, bes. Massnahmen, Schadenersatz . . 33

B. Die erschwerte Unterschlagung 42
in den Entwürfen verglichen mit dem geltenden Recht.

I. Die Veruntreuung 42
II. Die Depotunterschlagung 53
III. Die Amtsunterschlagung 56

C. Die privilegierte Unterschlagung 64
in den Entwürfen verglichen mit dem geltenden Recht.

I. Haus- und Familiendiebstahl 64
II. Entwendung 71

D. Die ergänzenden Fälle. 79

I. Eigenmächtige Zueignung und unberechtigte Aneignung 79
II. Dauernde Entziehung von Sachen . . . 82
III. Zueignung von Munition 85

Literaturverzeichnis.

(Bei jedem Werk ist am Schluss in Klammern angegeben, wie es in dieser Arbeit zitiert wird. Diese Abhandlung wird zitiert „ d. Abh.")

a) Die Entwürfe (in zeitlicher Reihenfolge) und sonstiges Gesetzesmaterial:

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1909 (VE)

Begründung zum Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch (Begr. VE).

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, aufgestellt v. Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt, Goldschmidt, Berlin 1911. (GE).

Begründung zum Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs (Begr. GE).

Denkschrift zum Gegenentwurf von Kriegsmann.

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, veröffentl. auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, 1921.

I. Teil: Entwurf der Strafrechtskommission 1913 (KE).

II. „ Entwurf von 1919 (E 19).

III. „ Denkschrift zum Entwurf von 1919 (Denkschrift E 19)

Amtlicher Entwurf zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch von 1925 (AE 25)

Begründung zum amtlichen Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 (Begr. AE 25).

Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 (AE 27).

Begründung zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 (Begr. AE 27) in den Verhandlungen des Reichstags, 3. Wahlperiode 1924, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Berlin 1927, Anlage Nr. 3390.

Gesetz, betr. die Entziehung elektrischer Arbeit, vom 9. April 1900 RGBl. S. 228.

Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. Juli 1896 ⟨Depot G.⟩

Oesterreichisches Strafgesetzbuch von 1852 ⟨Oe. StGB.⟩

Oesterreichische Strafgesetzentwürfe von 1909 und 1912 ⟨Oe. E.⟩

Schweizer Vorentwurf 1903 ⟨Schw. VE.⟩

Schweizer Regierungsentwurf 1908 ⟨Schw. E. 08⟩.

Verordnung betr. Vermögensstrafen und Bussen v. 6. Febr. 1924.

b⟩ Lehrbücher, Kommentare und Schriften:

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 8. Aufl. des v. Hugo Meyer begr. Lehrbuches, 1922, Leipzig und Erlangen.

Aschrott: ⟨Siehe unter Reform II⟩.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, Bd. 1, Leipzig 1902, 2. Aufl.

van Calker: Grundriss des Strafrechts, 2 Aufl. 1924.

Doerr: Ueber das Objekt bei strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Diss. München 1897.

Draheim: Untreue und Unterschlagung. Diss. Breslau 1903.

Ebermayer–Lobe–Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 3. Aufl. Berlin–Leipzig 1925.

Ebermayer: Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission systematisch bearbeitet. Berlin 1914. ⟨Ebermayer KE.⟩

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen ⟨RG.⟩

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen ⟨RGZ.⟩

Frank: Das Strafgesetzbuch f. d. deutsche Reich, nebst Einführungsgesetz, 17. Aufl. 1926, Tübingen 1925.

Gleispach: Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen, 1. Teil, Berlin 1905 ⟨Gleispach 1905⟩.

Derselbe: Der deutsche Strafgesetzentwurf von 1919. Leipzig 1921 ⟨Gleispach 1921⟩.

Harburger: Diebstahl und Unterschlagung in den vergleichenden Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, 6. Bd. bes. Teil 1907.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1881–87.

Höpfner: Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1910.

Huber: Die Unterschlagung. Neresheim 1875.

Kohlrausch: Siehe unter Reform II.

Köhler: Deutsches Strafrecht, Leipzig 1917 ⟨Köhler⟩.

Derselbe: Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches. Nürnberg und Leipzig 1910 ⟨Köhler VE⟩.

Derselbe: In Hirth's Annalen.

Krebs: Ueber „der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung". Diss. Breslau 1915.

Kuhlenkampf: Das Rechtsgut der elektrischen Arbeit im geltenden Stafrecht und sein Schutz. Strafrechtl. Abh. Heft 59.

Laemmert: Der Begriff des Gewahrsams in den §§ 242 und 246 StGB. Diss. Heidelberg 1909.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 24. Aufl. Berlin und Leipzig 1922.

Mannheim: ⟨Siehe Reform II⟩.

Merkel A.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.

Merkel: Diebstahl und Unterschlagung im Handbuch des deutschen Strafrechts v. Holtzendorff, Berlin 1874, Bd. 3, S. 619 ff. ⟨Merkel H. H.⟩

Micelli: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht. Diss. Würzburg 1906.

Mittermaier: ⟨Siehe unter Reform I⟩.

Nagel: Diebstahl und Unterschlagung im amtlichen Entwurf von 1925. Diss. Tübingen 1926.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. deutsche Reich, 11. Aufl. 1927.

v. Pradzynski: Sachbeschädigung und Aneignung in den strafrechtlichen Abhandlungen v. Bennecke Heft 88. Breslau 1908.

Preiser: ⟨Siehe unter Reform I⟩.

Reform I: Reform des deutschen Strafgesetzbuchs, kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch, herausgegeb. v. Aschrott und v. Liszt, 2. Teil 1910. ⟨Reform I 1 und Reform I 2⟩.

Reform II: Reform des deutschen Strafgesetzbuchs, kritische Besprechung des amtlichen Entwurfs von 1925, herausgegeb. v. Aschrott und Kohlrausch, Berlin u. Leipzig 1926. ⟨Reform II⟩.

Rottmüller: Das neugeschaffene Delikt der dauernden Entziehung von Sachen nach § 304 des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1925. Diss. Erlangen 1926.

Sachse: Diebstahl und Unterschlagung nach den Strafgesetzentwürfen. Diss. Heidelberg 1923.

Saerbeck: Das Wesen der Zueignung. Diss. Erlangen 1928.

Schappei: Der Zueignungsbegriff im geltenden Strafgesetzbuch für das deutsche Reich und im Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1927. Diss. Erlangen 1928.

Stenglein: Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des deutschen Reiches, neubearbeitet von Ebermayer, Galli, Lindenberg, Bd. 1, 4. Aufl. von 1911.

Thode: Die sog. Unterschlagung vertretbarer Sachen. Strafrechtl. Abh. Heft 210

Ullmann: Ueber den Dolus beim Diebstahl. Mannheim 1870.

Zimmer: Der Zueignungsbegriff nach dem RStGB. unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Diss. Halle 1913.

Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen über den Vorentwurf zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1911. ⟨Zusammenstellung⟩.

Und die gelegentlich zitierten Stellen.

Die Unterschlagung nach den Entwürfen, verglichen mit dem geltenden Recht.

A.
Die einfache Unterschlagung
in den Entwürfen verglichen mit dem geltenden Recht.

I. Gegenstand.

Nach allen Entwürfen (VE § 271, GE § 299, KE § 358, E 19 § 364, AE 25 § 301, AE 27 § 333) und nach dem geltenden Recht (StGB § 246) ist Gegenstand der Unterschlagung „eine fremde bewegliche Sache". Alle Entwürfe, ausser dem AE 25, verlangen, dass diese Sache „sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet". AE 25 § 301 spricht überhaupt nicht von „Gewahrsam". Das geltende Recht hingegen verlangt eine Sache, die der Täter „im Besitz oder Gewahrsam" hat.

1.) Der Begriff der Sache ist nach den Entwürfen derselbe wie im geltenden Recht. Von der Vorschrift des VE § 12 Ziff. 5 und des GE § 12 Ziff. 8, dass auch die in einer elektrischen Anlage oder Einrichtung enthaltene Energie als bewegliche Sache im Sinne des Gesetzbuchs anzusehen sei, sind die späteren Entwürfe wieder abgekommen. Abgesehen von dieser vorübergehenden Aenderung ist also eine Sache ein Körper im Sinne der Physik [1], jedes Stück der raumerfüllenden Materie [2]. Dazu gehören auch Gegenstände ohne Vermögenswert [3], z. B. die Haarlocke der Geliebten kann ebenso unterschlagen werden wie ein kostbares Armband [4]. Gleichgültig ist Form, Beschaffenheit und Aggregatzustand

[1] Frank, § 242 I.
[2] RG. 29, S. 112. 32, S. 178.
[3] Vgl. Höpfner, S. 2, Begr. VE S. 733 Nr. 1
[4] In solchen Fällen wird aber regelmäßig das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen, RG. 10, S. 120.

der Sache. Auch Wasser, Luft und Gas können Gegenstand der Unterschlagung sein[5].

Zu den Sachen gehören dagegen nicht der lebende Mensch[6] und Rechte[7]. An Forderungen kann daher z. B. eine Unterschlagung nicht begangen werden[8]. Die rechtswidrige Verfügung über fremde Forderungen bedroht der „Untreue"-Paragraph[9]. Zu den Sachen rechnet man auch nicht die Kräfte[10] z. B. Maschinenkraft, die Arbeitskraft des Pferdes, Magnetismus, Wasserkraft, Wärme und Elektrizität. Da die Naturwissenschaft dazu überging, in der elektrischen Energie statt Kraft Materie zu sehen, versuchte man, diese Auffassung auch juristisch zu verwerten. Im geltenden Recht ist elektrische Energie keine Sache, weil sie nicht als körperlicher, räumlich beherrschbarer Gegenstand der Aussenwelt, als Körper im Sinne der phisikalischen Wissenschaft aufgefasst wird. Um die dadurch entstehenden Lücken auszufüllen, wurde das Gesetz, betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit[11] erlassen. Der VE und der GE dagegen sehen auch in der Elektrizität eine bewegliche Sache. Unterschlagung ist also darnach auch möglich an elektrischer Energie[12].

Den Anstoss zu diesen Neuerungen haben Wach[13] und Harburger[14] gegeben. Harburger will überhaupt jede Kraft unter den Sachbegriff fallen lassen. Er schlägt vor, dass man dem norwegischen StGB von 1902 folge, nach dem jede zur Hervorbringung von Licht, Wärme, Bewegung udgl. erzeugte, angesammelte oder sonst dienende Kraft vom Begriff der Sache mit umfasst wird.

---

[5] RG. 11, S. 117; 14, S. 121; 44, S. 335.

[6] Wohl aber unter besonderen Umständen seine Leiche, z. B. in einer Anatomie; vergl. Allfeld S. 427, Merkel H. H. 3, S. 633.

[7] Anders z. B. das österr. StGB (§ 285), das auch Rechte zu den Sachen rechnet.

[8] Draheim, S. 29; RG. 24, S. 50. Wohl aber können Forderungsdokumente unterschlagen werden. RG. 12, S. 313.

[9] § 266 StGB; § 277 VE; § 322 GE; § 367 KE; § 377 E 19; § 314 AE 25 und § 348 AE 27.

[10] Olshausen § 242 Nr. 3

[11] v. 9. April 1900, RGBl. S. 228

[12] Vergl. Begr. VE S. 745 Nr. 3

[13] In Vergl. Darstellung, allgem. Teil Bd. 6 S. 30

[14] „ „ „ bes. „ „ 9 S. 365

Die späteren Entwürfe sind aber wieder dem geltenden Recht gefolgt, weil sie eine solche Lösung nicht für glücklich halten [15]. Die Gründe, die für die Ablehnung der Einarbeitung des Gesetzes, betreffend die Entziehung elektrischer Arbeit, in das StGB entscheidend waren, sind nicht zu widerlegen. Die Tatbestandsmerkmale z. B. der Unterschlagung sind ihrer ganzen Entwicklung nach nur auf körperliche Gegenstände zugeschnitten und es würde daher die rechtliche Anwendung vor erhebliche Schwierigkeiten gestellt werden. Besonders die Grenze zwischen Diebstahl und Unterschlagung wäre m. E. nicht immer leicht zu ziehen. Andererseits muss ja gesagt werden, dass hier dem Richter eine m. E. gewünschte Freiheit geschaffen würde, nur aus der Interessenlage zu entscheiden.

Als weiterer Grund wird gegen die Neuerung der beiden ersten Entwürfe noch angeführt, die ständige Aenderung in den Möglichkeiten der Verwendung der elektrischen Energie, die nicht zu übersehen sei und eine fortlaufende Aenderung des StGB nach sich ziehen musste. Ueberdies strebe man seit langem dahin die rechtlichen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft in einem umfassenden Gesetz zu regeln.[16]

Die Wissenschaft hatte sich entweder direkt gegen diese Neuerung gewandt, weil sie die Natur in eine ihr nicht angepasste juristische Form zu zwingen versuchte[17], oder hat es wenigstens an passenden Lösungsvorschlägen fehlen lassen[18]. Eine Ausnahme machte Mittermaier[19], der einen Mittelweg vorschlägt durch Einführung eines Sondertatbestandes im Anschluss an Diebstahl und Unterschlagung, also innerhalb des StGB. Aber ein solches Delikt passt auf keinen Fall mehr in einen Abschnitt über Diebstahl und Unterschlagung.

Der Versuch der Strafrechtsreform, die Nebengesetze möglichst zu beseitigen und im neuen StGB aufgehen zu lassen, ist also gescheitert bei dem Gesetz vom 9. April 1900, das die Entziehung elektrischer Energie bestraft.

---

15) Vgl. Denkschrift E 19 S. 301; 302 Begr. AE 25 S. 151; Begr. AE. 27 S. 164
16) Vergl. Denkschrift E 19 S. 302, bes. auch a. a. O. Anmerkung 1.
17) Mittermaier, Reform I 2 S. 349.
18) Vergl. Kohlrausch in Reform II S. 13
19) Reform I 2, S. 349/350

Der Gesichtspunkt, dass Zusammenhängendes nicht zerrissen werden darf, hat die Entwürfe auch veranlasst, von einer Uebernahme der Strafbestimmungen des Gesetzes, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896[20], abzusehen[21]. Lediglich der GE hat die Strafbestimmungen des genannten Gesetzes eingearbeitet. Während § 11 dieses Gesetzes in den Unterschlagungstatbestand aufgenommen ist (§ 299 GE), ist § 9 als eigener § 302 GE „Verfügung über fremde Wertpapiere" aufgenommen. Die Versuche des GE sind aber eine Einzelerscheinung in der Strafrechtsform geblieben, geschweige denn, dass man den noch weitergehenden Vorschlägen zur Einarbeitung der Nebengesetze gefolgt wäre[22].

2. Der Unterschlagungsbegriff nach den Entwürfen erfordert wie im geltenden Recht noch als natürliche Eigenschaft der Sache, damit sie „beweglich" ist.

Dies ist ganz im natürlichen Sinne aufzufassen. „Beweglich" ist, was der Täter von einem Ort zum andern zu bringen vermag [23]. Es kommt also nicht darauf an, ob ein anderes Gesetz als das Strafgesetz die betreffende Sache zu den Immobilien rechnet[24]. Beweglich sind aber nicht der Boden und Bauwerke. Aber selbst hier besteht die Möglichkeit einer Unterschlagung für die Bodenteile und Gebäudeteile, die beweglich gemacht sind oder beweglich gemacht werden. Die Sache braucht nämlich nicht schon von Natur aus beweglich zu sein, es genügt, wenn der natürliche oder künstliche Zusammenhang zum Zwecke der Unterschlagung gelöst wird. z. B. aus einem fremden Steinbruch werden Steine gebrochen, oder der Eigentümer eines Feldes mäht und verkauft das Korn, obwohl die Frucht gepfändet, versteigert und zugeschlagen ist [25]. Auch bei einer beweglichen Sache lässt sich eine solche Loslösung

[20] RGBl. S. 183
[21] Denkschrift E 19 S. 302
[22] „ zum GE von Kriegsmann S. 392
[23] Merkel H. H. III, S. 633, Binding S. 276
[24] z. B. die eingetragenen Schiffe unterliegen der Immobiliarvollstreckung (§ 1259 ff BGB und § 864 ZPO), sind aber strafrechtlich „beweglich" und können unterschlagen werden.
[25] RG. 23 S. 71

denken, z. B. derjenige, der bei einem Brandunglück seines Nachbarn dessen Kuh unentgeltlich in seinen Stall aufnimmt und unberechtigter Weise die Kuh melkt und die Milch verkauft, begeht Unterschlagung.

3. Die bewegliche Sache muss noch die juristische Eigenschaft haben, dass sie „fremd" ist.

Der Begriff „fremd" hat in der Strafrechtsreform keine Aenderung erfahren.

„Fremd" ist also dem Täter eine Sache, die nicht oder wenigstens nicht ausschliesslich in seinem Alleineigentum steht[26]. Eigentümer oder Miteigentümer kann sowohl eine physische als auch juristische Person sein. Wenn nicht das Eigentum eines anderen verletzt wird, liegt keine Unterschlagung vor. Die Unterschlagung ist von jeher im Gegensatz zum Diebstahl Angriff nicht auf die Besitzesordnung, sondern allein auf die Eigentumsordnung[27]. Es kann also z. B. niemals Unterschlagung vorliegen wenn ein Bauer das Wild in seinem Walde, der zur Gemeindejagd gehört, einfängt, denn verletzt wird hier nur ein Aneignungsrecht des Jagdpächters. Es können also weder Sachen, die im Alleineigentum des Täters stehen, noch Sachen, die in niemandes Eigentum stehen, Unterschlagungsgegenstand sein. Dabei ist es gleichgültig, ob die Sache aus tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten keinen Eigentümer hat (res nullius, res derelictae).

Die Regelung der Eigentumsordnung ist im bürgerlichen Recht enthalten[28]. Es fehlt nämlich an jeder Möglichkeit zu einer anderen Lösung[29]. Entscheidend ist das Recht des Tatorts[30]. Dieses ist mindestens regelmässig ausschlaggebend bei Begehung im Ausland. Um vom Eigentumsbegriff des bürgerlichen Rechts, der im Strafrecht zuweilen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann, unabhängig zu sein, wurde vielfach versucht, einen besonderen

[26] Olshausen § 242 Nr. 5, Frank § 246 II 2, Allfeld S. 433, Hälschner 2 S. 347, Binding S. 255, RG. 6 S. 239, 21 S. 270, 29 S. 251.
[27] Vergl. dazu E. Meister, Fahrnisverfolgung und Unterschlagung im deutschen Recht in Festschr. für Adolf Wach 3. Bd. S. 51
[28] RG. 22, S. 354, RG. 42, S. 43
[29] RG. 5, S. 792
[30] RG. 22, S. 354 und RG. 42, S. 43
[31] Harburger 6, S. 194

kriminalistischen Eigentumsbegriff herauszubringen[32]. Diese Versuche entfernen sich aber zu sehr vom Boden der tatsächlichen Gesetzgebung und verlieren sich in unhaltbaren Konstruktionen[33]. Es gibt nämlich nirgends einen Anhaltspunkt für den Umfang und die Abgrenzung eines solchen Eigentumbegriffs. Dieser wurde denn auch in der Wissenschaft teilweise sehr lebhaft abgelehnt[34]. Höpfner[35] hat m. E. recht, wenn er sagt, dass ein solcher Eigentumsbegriff des Strafrechts durchaus kein Unding wäre und dieselbe Berechtigung hätte als ein eigener Verwandschaftsbegriff im Strafrecht. Während aber der Verwandschaftsbegriff im Gesetz selber die Stütze hat, würde ein strafrechtlicher Eigentumsbegriff in der Luft hängen. Ein strafrechtlicher Eigentumsbegriff erschiene auch überflüssig, wenn man sich vor Augen halten würde, dass es sich nicht um den Eigentumsbegriff handelt, sondern um den Begriff „fremd".

Zu welchen unbilligen Konsequenzen aber der Begriff „fremd" führen kann, zeigt der Fall, dass ein Beamter lediglich Geldstücke umwechselt und dadurch fremdes Eigentum verletzt und Unterschlagung begeht[36]. Er begeht hier eine Unterschlagung, obwohl diese Handlung nicht strafwürdig erscheint. Das Gesetz schützt also das Eigentum auch da wo ein Interesse des Eigentümers an diesem Schutz nicht besteht[37]. Es handelt sich hier um ein negatives Gesetzgebungsproblem, das Eigentum nur da zu schützen, wo durch die Verletzung des Eigentums der Eigentümer eine Vermögenseinbusse erleidet[38].

Das Strafrecht darf durch die Uebernahme des Eigentumsbegriffes aus dem bürgerlichen Recht natürlich nicht in bürgerlichrechtliche Konstruktionen verwickelt werden. So sagt zwar § 142 BGB,

[32] Vergl. Merkel H. H. 3, S. 694
[33] „ „ a. a. O.
[34] Olshausen § 246 Nr. 3
[35] S. 118.
[36] Vergl. Ebermayer zu § 350 Anm. 5 im Anschl. an RG. 4, S. 28
[37] Gleispach 1905 S. 194
[38] Dieses Problem wurde durch die Reform auch teilweise gelöst durch die Aenderung des subjektiven Tatbestandes (siehe A IV der Abh.) Durch Einführung der Bereicherungsabsicht werden wohl alle hier praktisch denkbaren Fälle, die Straflosigkeit verdienen, von der Strafdrohung ausgenommen. Vergl. näheres zu Bereicherungsabsicht unter A IV der Abh., zu Unterschlagung vertretbarer Sachen unter B I der Abh.

dass derjenige, der die Anfechtbarkeit einer Eigentumsübertragung kennt, so behandelt werden solle, als ob er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes gekannt hätte, aber trotzdem gilt hier der Erwerber, der die Anfechtbarkeit kennt, bis zum Zeitpunkt der Anfechtung als Eigentümer und kann daher keine Unterschlagung begehen[39].

Eine besonders häufige Vorfrage aus dem bürgerlichen Recht zur Feststellung des Unterschlagungstatbestandes ist der Eigentumserwerb durch Stellvertreter. Hier erwirbt der Vertreter oder der Vertretene das Eigentum je nach dem Willen des Uebergebers. Man wird hier unterscheiden müssen zwischen offener und verdeckter Stellvertretung. Bei der ersten erwirbt nach richtiger Ansicht der Vertretene das Eigentum, da der Uebergeber natürlich dem ihm bekannten Vertretenen übergeben will und dem Empfänger ein geheimer Vorbehalt nach § 116 BGB nichts nützt. Bei der verdeckten Stellvertretung weiss der Uebergeber gar nichts von dem Vertretenen und kann daher auch gar nicht den Willen haben, diesem zu übertragen[40].

So wie der Begriff der „fremden" beweglichen Sache nach der Strafrechtsreform aufzufassen ist, unterscheidet er sich in keiner Weise vom geltenden Recht und bedarf daher lediglich der Fortbildung durch Wissenschaft und Praxis.

4. Das charakteristische Merkmal der Unterschlagung gegenüber dem Diebstahl ist es, dass kein Gewahrsam verletzt wird.

Zum Begriff „Gewahrsam" wird z. B. von der Begr. VE[41] hervorgehoben, dass dieser nicht im Sinne des bürgerlichen Rechts zu verstehen sei. Es werde die Feststellung dieses Begriffes ausdrücklich „der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben müssen, welche unter Gewahrsam bisher die tatsächliche Möglichkeit, über eine fremde Sache zu verfügen, verstanden haben"[42]. M. E. ist gegen diese Begriffsbestimmung nichts einzuwenden. Sie entspricht auch der Auffassung des Reichsgerichts[43]. Die Hütungstheorie

[39] Vergl. Olshausen § 246 Nr. 7a, Allfeld S. 433 Nr. 23.
[40] Näheres siehe Olshausen § 246 Nr. 7 b, c und unter B I der Abh., soweit diese Fragen für die Reform in Betracht kommen. Auch Höpfner S. 118 ff.
[41] S. 734
[42] Vergl. Denkschr. E 19 S. 310
[43] RG 38, S. 444

Höpfners[44]) bedeutet zwar einen wissenschaftlichen Fortschritt, da sie mit Recht noch eigens den Willen des Gewahrsaminhabers fordert, dass andere sich die Sache nicht sollen nehmen können[45]). Für die Praxis hat dieser Begriff aber wenig Bedeutung, weil wohl fast nie ein klarer Wille in diesem im Alltagsleben so häufig vorkommenden Fällen gefasst wird, wo man z. B. gedankenlos sich von einer Sache entfernt und nach einiger Zeit wieder darauf zurückkommt. In der Regel wird man nur schliessen können, dass der Willensentschluss in dieser oder jener Richtung gefasst worden wäre, wenn überhaupt ein ausdrücklicher Willensentschluss gefasst worden wäre. Das einzige nicht versagende Erkennungsmerkmal des Gewahrsams ist also doch nur die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit. Dass zur Feststellung dieser tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit nicht immer gerade der ausdrückliche Wille, andere vom Gewahrsam auszuschliessen, verlangt werden kann, wurde bereits gesagt. Es genügt aber zum Gewahrsam auch nicht die blosse tatsächliche Verfügungsmöglichkeit. Es gehört zum Gewahrsamsbegriff wenigstens neben der natürlichen Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache noch das Wissen um diese Möglichkeit und das Wissen um den Sachverhalt. Wer z. B. einen Koffer mit Sprengstoff verwahrt und nichts weiss von dem Inhalt des Koffers, hat keinen Gewahrsam am Sprengstoff im juristischen Sinn. Ein Hauptfall, wo diese tatsächliche Verfügungsmöglichkeit stets angenommen wird, ist der Gewahrsam des Besitzmittlers beim mittelbaren Besitz (§ 868 BGB.) und der Gewahrsam des Besitzdieners (§ 850BGB.)[46]). Der mittelbare Besitzer dagegen hat keinen Gewahrsam. Dies zeigt übrigens auch, dass der zivilrechtliche Besitz (Gewahrsam) sich durchaus nicht mit dem strafrechtlichen deckt und zwar insoweit nicht, als ein zivilrechtlicher Besitz ohne Innehabung möglich ist[47]).

Das geltende Recht hat das Erfordernis aufgestellt, dass der Unterschlagungsgegenstand sich in „Besitz oder Gewahrsam" des Täters befinde. Damit ist also eine zeitliche Voraussetzung bezügl.

---

[44]) S. 10
[45]) Ausser „Errichtung einer Scheidewand zwischen Objekt und Aussenwelt"
[46]) RG. 37, S. 198, 45, S. 249, 53, S. 336, 56, S. 116.
[47]) Vgl. RG. 26 S. 209, 37, S. 300.

des Gewahrsams gemacht, nämlich, dass der Gegenstand sich bereits im Gewahrsam des Täters befindet zur Zeit der Tat, also zur Zeit der Aneignung[48]. Diese Gewahrsamsbegründung darf nicht durch rechtswidrige Entziehung aus dem Gewahrsam eines anderen geschehen[49]. Wohl aber kann zur Zeit der Gewahrsamsbegründung der Täter bereits eine unredliche Absicht gehabt haben, es kommt nur darauf an, dass er diese Absicht nicht gleichzeitig, sondern erst als er die Sache bereits in seiner Hut hatte, verwirklicht hat[50]. Im übrigen ist also die Art und Weise der Gewahrsamserlangung gleichgültig.

Wenn man nun mit der herrschenden Meinung für das geltende Recht annimmt, dass zum Diebstahl Bruch fremden Gewahrsams gehört, so bildet sich eine Lücke für die Gegenstände, die überhaupt in keinem Gewahrsam stehen. Es entsteht daher die Frage, wie man die Zuneigung solcher Sachen strafen soll, die doch jedem Rechtsempfinden strafwürdig erscheinen[51]. Für ein Delikt „Unterschlagung" ist der Gewahrsamsbegriff das Hauptproblem. Und gerade hier hat das geltende StGB. zu Unklarheiten und Zweifeln Anlass gegeben, die niemals im Wege der Auslegung befriedigend gelöst werden können. Hier muss die Gesetzgebung eingreifen. Durch die Neuformulierung der Entwürfe wurde denn auch diese Lücke ausgefüllt. Anstatt des positiven Erfordernisses, dass der Täter Gewahrsam hat, verlangen die Entwürfe, dass der Unterschlagungsgegenstand sich im Gewahrsam eines anderen als des Täters befindet, oder enthalten diesen Satz über „Gewahrsam" überhaupt nicht (AE 25 § 301). Darnach gehört das umstrittene Grenzgebiet zwischen Diebstahl und Unterschlagung kraft eindeutiger Gesetzesbestimmung zur Unterschlagung. Es ist damit Klarheit geschaffen über die Zueignung der besitzlosen Sachen[52]. Dadurch

[48] RG. 42 S. 420 und 53 S. 392

[49] RG. 15 S. 426, Allfeld S. 436, Merkel S. 318

[50] Micelli S. 11, Gleisbach 1905 S. 7, Frank Nr. II 3, Harburger 6 S. 335 und v. Liszt S. 464.

[51] Begr. VE S. 744, RG. 19, S. 38, Harburger 6, S. 336 und 374, Binding S. 275, Olshausen § 246 Nr. 8a, Denkschr. E 19 S. 310.

[52] Vergl. Mumm und Mittermaier in Zusammenstellung S. 368, Denkschr. E 19, S. 310

ist auch jeder Zweifel beseitigt, dass eine Sache, die im Mitgewahrsam steht, stets Gegenstand des Diebstahls ist[53]. Dadurch wird ferner eine als Diebstahl zu behandelnde Fundunterschlagung entbehrlich, die gegeben wäre, wenn der Zueignungswille des Finders schon vorliegt, bevor dieser den Fund an sich bringt. Dadurch fällt überhaupt das Erfordernis weg, dass das Erlangen des Gewahrsams der Aneignungshandlung vorausgeht[54]. Nach geltendem Recht muss das Reichsgericht freisprechen, wenn es unklar ist, ob die rechtswidrige Zueignung erst nach Besitzerlangung erfolgt ist. Auch nach den Motiven zum Strafgesetzbuch liegt eine Unterschlagung selbst in dem Fall nicht vor, dass das „An-sich-nehmen" der verlorenen Sache seitens des Finders sofort in der Absicht erfolgt, sie sich rechtswidrig zuzueignen[55]. Nach der Fassung der Entwürfe aber kann es nicht mehr zweifelhaft sein, dass der eine Unterschlagung begeht, der auf der Strasse Geld sieht und an sich nimmt, um damit etwas zu kaufen. Auch der begeht eine Unterschlagung, der in einer fremden Sache einen Schatz entdeckt und ihn in seine Tasche verschwinden lässt. Es ist ferner nicht mehr zweifelhaft, dass auch der Unterschlagung begeht, der einen Toten ausplündert, denn dieser hat keinen Gewahrsam mehr und seine Sachen stehen nicht im Gewahrsam eines anderen.

In der Fassung der Entwürfe liegt noch ein anderer grosser Vorteil gegenüber dem geltenden Recht, das von „Besitz oder Gewahrsam" spricht. Da das Recht seit Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches mit „Besitz" eine feste dem Privatrecht entstammende Vorstellung verbindet, glaubten manche Autoren, dass der strafrechtliche Besitz des § 246 StGB. mit dem zivilrechtlichen identisch sei[56]. Gegen diese Auffassung musste das Reichsgericht[57] ausdrücklich Stellung nehmen. Heute wird allgemein anerkannt,

[53] Vgl. Sachse S. 72, Nagel S. 74

[54] Vergl. Olshausen § 246 Nr. 8, Nr. 29 b, einige Vertreter der Wissenschaft (Allfeld S. 436, Ebermayer S. 749) nehmen zwar an, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes Besitzerlangung und Zueignung auch zusammenfallen dürfen, doch kann das nach dem geltenden Recht zum mindesten sehr bestritten werden.

[55] Vgl. Micelli S. 61, Liszt S. 464

[56] Vgl. Laemert S. 12

[57] RG. 26, S. 209 und 37, S. 300

dass „Besitz oder Gewahrsam" lediglich eine Tautologie bedeutet, die die Beziehung einer Sache bezeichnet, vermöge deren jemand seinen Herrschaftswillen über sie in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise zu betätigen vermag[58]).

Für die beiden Entwürfe, die auch die Elektrizität zu den Unterschlagungsgegenständen rechnen, besteht die Aufgabe, die elektrische Energie mit dem Gewahrsamsbegriff in Beziehung zu bringen. Man hat vielfach überhaupt die Möglichkeit des Gewahrsams an Elektrizität bestritten[59]). Wenn man die Möglichkeit des Gewahrsams an Elektrizität bestreitet, ist stets der Fall gegeben, dass weder der Täter noch ein anderer Gewahrsam an der elektrischen Energie hat. Es ist darnach an Elektrizität nur Unterschlagung möglich; denn zum Diebstahl gehört Gewahrsamsbruch. Man wird aber analog dem vom Reichsgericht[60]) entschiedenen Falle, wonach an Gas und Wasser durch die Leitungen Gewahrsam begründet wird, an der elektrischen Energie Gewahrsam auch demjenigen zusprechen dürfen, der an den Leitungen oder an den Aufspeicherungsvorrichtungen Gewahrsam hat. Der Gewahrsam besteht hier in einer wirksamen Aufspeicherungsmöglichkeit oder in der Erschwerung der Entziehung[61]).

Ganz abweichend vom geltenden Recht und allen übrigen Entwürfen hat AE 25 den Gewahrsam im Unterschlagungsparagraphen ganz gestrichen. Dadurch erweitert sich natürlich hier ebenso wie in den übrigen Entwürfen gegenüber dem geltenden Recht der Unterschlagungsbegriff. Nach der Begründung[62]) soll durch diese Ausdrucksweise auch die Zueignung ohne Wegnahme Unterschlagung sein, wobei es gleichgültig ist, ob sich die Sache in niemandes Gewahrsam befindet oder im Gewahrsam des Täters. Mannheim[63]) erwähnt ausser diesen beiden Fällen mit Recht auch noch den Fall, dass sich die Sache im Gewahrsam eines Dritten befindet, dem sie

[58]) Frank, § 242 IV.
[59]) Kuhlenkampf, S. 29
[60]) RG. 30, S. 190
[61]) Vgl. Höpfner S. 15
[62]) Begr. AE 25 S. 156
[63]) In Reform II S. 346

nicht weggenommen wird, z. B. ein Finder leiht jemand die gefundene Sache, kommt dann in Geldverlegenheit und verkauft die Sache kurzerhand an seinen Entleihen.

Man muss m. E. den Fortschritt der Entwürfe, wie er sich im AE 27 als Ergebnis der Strafrechtsreform darstellt, anerkennen. Es könnte wohl keine bessere Lösung gefunden werden. Die verwirrenden Bestimmungen des geltenden Rechts „Besitz oder Gewahrsam des Täters" sind weggefallen und es wurden dadurch manche Streitfragen aus der Welt geschafft. Besonders zu begrüssen ist es, dass AE 27 den Gewahrsamsbegriff wieder in den Wortlaut des Gesetzes aufgenommen hat, der im Reichsratsentwurf von 1925 ganz verschwunden war. Die Unterschlagung darf man nämlich nicht als Delikt für sich betrachten, sondern nur als Supplement zum Diebstahl. Man wollte ja sogar schon diese beiden sich ergänzenden Tatbestände in einen einzigen zusammenfassen[64]. Da der Gewahrsamsbegriff die Grenzmauer zwischen den beiden Delikten ist, kann für die Unterschlagung von dieser ausdrücklichen Abgrenzung nicht abgesehen werden. Allerdings wird der Fall, wo ein Dritter, dem nicht weggenommen wird, den Gewahrsam hat, von den übrigen Entwürfen[65] nicht mitumfasst. Diese Fälle bleiben aber, wenigstens nach dem letzten Entwurf und nach dem Gegenentwurf, nicht straflos, sondern werden von der „unberechtigten Aneignung" (§ 334 AE 27 und § 300 GE) mit umfasst[66]. Diese bedrohen ja den Täter mit derselben Strafe.

[64] Vgl. Wach: in Vergl.-Darstellungen, allg. T. 6, S. 69
[65] Mit Ausnahme des AE 25
[66] Siehe unter D I der Abh.

II. Handlung.

Die Unterschlagungshandlung ist sowohl nach den Entwürfen als auch nach dem geltenden Recht „Zueignung". Die „Zueignung" ist wohl der umstrittenste Begriff des so umstrittenen Delikts der Unterschlagung. Die Schwierigkeiten kommen daher, dass bei der Unterschlagung die Handlung viel mehr ein internes Verhalten des Täters [1] ist, als z. B. beim Diebstahl, wo die Handlung in dem leicht feststellbaren Diebsgriff besteht. Dazu kommt noch, dass in der Wissenschaft und Rechtssprechung noch grosse Unklarheit darüber herrscht, was die Zueignung überhaupt bedeuten soll.

Es bestehen also Zweifel, was Zueignung ist und wann Zueignung speziell bei der Unterschlagung im einzelnen Fall gegeben ist.

Was ist Zueignung?

Die Hauptfrage ist, ob sich die Zueignungsdelikte gegen das Eigentum oder gegen das Vermögen richten. Die eine Betrachtungsweise geht aus vom formal-juristischen Standpunkt und sieht in der Zueignung eine äusserliche Verletzung des Eigentums [2], die andere Ansicht gibt den Zueignungsbegriff einen wirtschaftlichen Inhalt. So stehen sich denn zwei Hauptgruppen von Anschauungen gegenüber, 1. die formalistische Auffassung, 2. die wirtschaftliche Auffassung [3]. Die formalistischen Auffassungen sind also die Ansichten

a) die in der Zueignung die Herstellung des Eigentumsverhältnisses sehen, und

b) diejenigen, nach denen die Zueignung in jedem Fall ist ein der Gewahrsamsbegründung nachfolgendes Verhalten.

Nach der Auffassung unter a) ist die Zueignung bei Diebstahl, eine Analogie zum Eigentumsübergang durch Einigung und Uebergabe nach § 929 Satz I BGB, bei Unterschlagung eine Analogie

[1] Der Gegenstand muss sich bereits im Bereich, im Gewahrsam des Täters befinden.
[2] Des Eigentums in den unter A I 3 der Abh. dargelegten Sinne,
[3] Näheres siehe Zimmer S. 7 ff; Saerbeck S. 7 ff; Schappei S. 9 ff.

zum Eigentumsübergang durch brevi manu traditio (§ 929 Satz II BGB.), bei welcher der Erwerber die Sache bereits in seinen Besitz hat (wie der Unterschlagende). Wie dort einem Eigentumsübergang nach § 929 Satz I BGB. nur der Wille des Verletzten entgegensteht, so fehlt es auch bei der Unterschlagung nur an dem Willen des Verletzten zu einer analogen Rechtsfigur zur brevi manu traditio nach § 929 Satz II BGB. Zu diesen formalistischen Auffassungen bekennt sich vor allem Höpfner[4]. Er sagt, dass mit dem Zueignungsbegriff nur etwas dem Eigentumsbegriff Analoges bezeichnet werden kann. Wenn man eine Sache bereits in Besitz habe, fehle nur mehr der Willensentschluss, sie als Eigentümer zu besitzen, um die eigentumsähnliche Stellung zu haben[5]. Diese eigentumsähnliche Stellung verlangt auch Draheim (S. 1 ff.) in der „Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses, dem nur die rechtliche Anerkennung fehlt, um Eigentum zu sein". Auch Binding[6], Merkel[7] und andere gehören hierher[8].

Zu Gruppe unter b), die ein der Gewahrsamsbegründung nachfolgendes Verhalten verlangt, sind besonders zu rechnen von Liszt[9], der von Ausübung des Eigentumsinhaltes spricht, ferner auch Birkmeyer[10], Hälschner[11] und Allfeld[12]. Nach letzterem ist Zueignung ein Verhalten, durch das der Wille, die Sache zu eigenen wirtschaftlichen (gleichviel welchen) Zwecken ausschliesslich und in allen Beziehungen ebenso wie ein Eigentümer zu beherrschen, zum Ausdruck gebracht wird. Nach Olshausen[13] ist eine Zueignung nicht möglich, ohne dass der Wille des Täters, die bereits in seinem Besitz befindliche Sache sich zuzueignen, äusserlich erkennbar

[4] S. 124
[5] Aehnlich auch Krebs S. 74
[6] Binding 2, S. 57; Zueignung ist Aneignung (Gewinnung für sich) und Enteignung (Ausschliessung anderer).
[7] Merkel, H. H. 3, S. 698 ff.; Zueignung ist Ausschliessung der Willensherrschaft des Eigentümers und Begründung einer solchen in Bezug auf die Substanz der Sache für den Täter in der Absicht, dieselbe den eigenen Interessen dienstbar zu machen.
[8] Z. B. Huber S. 54
[9] S. 447
[10] Enz. der Rechtswissenschaft 1912 S. 1174
[11] Hälschner II, S. 299
[12] S. 436 vergl. auch Schappei S. 67
[13] Olshausen § 246 Nr. 11

durch Betätigung der Verfügungsgewalt an den Tag gelegt wurde. Auch das Reichsgericht steht auf diesem Standpunkt[14]).

Als zweite Hauptgruppe wurden die Vertreter der wirtschaftlichen Auffassung erwähnt, also jene, die bei der Fassung des Zueignungsbegriffs sich überwiegend von wirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten lassen. Hier sind wieder zu unterscheiden diejenigen, die ihren Ausführungen den objektiven Wertbegriff zu Grunde legen und diejenigen, nach denen der Zueignungsgegenstand eine Sache von mindestens subjektivem Wert für Eigentümer und Täter ist. Ihr Hauptvertreter ist Doerr[15]). Nach ihm ist das Vermögen im natürlichen oder ökonomischen Sinne, die geldwerten Güter, bzw. ihr objektiver Geldwert, das Angriffs- und Schutzobjekt der Zueignungsdelikte. Hier sind ferner noch zu nennen Gleispach[16]) und v. Pradzynski[17]).

Der subjektive Vermögenswert des Unterschlagungsgegenstandes wird gefordert von Zimmer[18]), Frank[19]), Krebs[20]) und anderen. In neuester Zeit ist noch zu nennen Saerbeck[21]).

Die meisten Autoren nehmen aber eine unklare oder schwankende Stellung ein[22]),

Die Praxis, besonders das Reichsgericht, ist erst allmählich zu einer mehr wirtschaftlichen Auffassung übergegangen. In RG. 35, S. 356 finden sich die ersten wirtschaftlichen Gesichtspunkte. Von grundlegender Bedeutung aber ist geworden RG. 40, S. 10, wo wo es heisst: „Der Ausdruck zueignen und der in ihm enthaltene Hinweis auf das Eigentum und dessen Inhalt hat nur die Bedeut-

---

[14]) Vgl. RG. 4, S. 404, 5, S. 218, 55, S. 145, u. a.

[15]) Vergl. Doerr S. 15–20

[16]) Nach Gleispach 1905 S. 17 ist Zueignung der den Berechtigten ausschliessende Genuss der Sache und ebenso jede Handlung, durch welche die Sache zu ausschliessendem Genuss gewonnen wird.

[17]) v. Pradzynski S. 52 definiert die Zueignung als eine das fremde Eigentum vernichtende oder gefährdende Gewahrsamsausübung an einer Sache von Vermögenswert, getragen vom Eigentümerwillen, einen zur Hervorbringung von wirtschaftlichen Vorteilen für irgend jemand geeigneten Herrschaftsakt an der Sache vorzunehmen.

[18]) S. 7ff. [19]) S. 484. [20]) S. 25; Hier heisst es: dem Täter komme es darauf an, die Sachen ihrem wirtschaftlichen Wert nach unter Ausschluss des Berechtigten zu gewinnen, die Einverleibung der Sache ins eigene Vermögen zu vollziehen. [21]) S. 50. [22]) Olshausen 242 Nr. 29; v. Calker S. 143.

ung als Bezeichnung des Masstabes für Art und Richtung der einer Zueignung im Rechte vergleichbaren Verfügung des Täters[23]).

Die Entwürfe haben zur Frage über das Wesen des Zueignungsbegriffes überhaupt keine Stellung genommen und überlassen deren Lösung auch fernerhin der Wissenschaft und Praxis[24]).

Es scheint auch, dass Wissenschaft und Praxis der besten Lösung immer näher kommen. So hat sich das Reichsgericht bereits zu einer gemässigten wirtschaftlichen Auffassung durchgerungen und man kann annehmen, dass sich das Reichsgericht noch ganz der subjektiven Wertauffassung anschliessen wird. Dadurch werden die Klippen der extremen Auffassungen vermieden, und zwar sowohl der formalistischen als auch der streng wirtschaftlichen Theorien. Einerseits können darnach die wertlosen Sachen, die in jemands Eigentum stehen, aber denen kein subjektiver Wert beigelegt wird, nicht strafrechtlich zugeeignet werden. Andererseits stehen hier aber Affektionsgüter unter strafrechtlichem Schutz. Der Einwand gegen die subjektive Wertauffassung, dass hier die Laune des Verletzten darüber entscheidet, ob ein und dieselbe Tat ein Delikt oder strafrechtlich irrelevant sei[25]), ist nicht überzeugend. Wenn nicht die „Laune", der entgegenstehende Wille des Eigentümers wäre, dann gäbe es überhaupt keine Unterschlagung und kein Eigentumsdelikt.

Mit Rücksicht auf die Fälle der Unterschlagung besitzloser Sachen, nach der Strafrechtsreform hält Baumgarten[26]) die Tragweite des Begriffes der Zueignung für zu gering. Er meint, das blosse „An-sich-nehmen" solcher Sachen in Zueignungsabsicht, werde auch künftig eine Unterschlagung nicht enthalten. Die Vollendung der Zueignung verlange eine der Besitzergreifung nachfolgende besondere Zueignungshandlung. Dem hält Mittermaier m. E. mit Recht entgegen[27]), dass „In-besitznahme" und „Zueignung" in der Regel wohl nur logisch auseinanderfallen, in der Praxis fallen sie tatsächlich zusammen. Wer z. B. ein Geldstück auf der Straße findet und es

[23]) Näheres siehe Saerbeck S. 38 ff.
[24]) Vergl. Mittermaier in Zusammenstellung S. 365
[25]) Vergl. Schappei S. 47
[26]) Im „Recht" 14, S. 405—408
[27]) In Reform I, 2, S. 353 Nr. 2

ohne weiteres einsteckt, nimmt zugleich die Besitzergreifung und die Zueignungshandlung vor.

Die Frage, wann im einzelnen Fall die Zueignung bei der Unterschlagung gegeben ist, wird entsprechend der Stellungnahme zu den Zueignungstheorien verschieden gelöst. Nach der extremen formalistischen Auffassung ist die Zueignung bei der Unterschlagung ein rein innerer Vorgang, nämlich der Willensentschluss, die Sache wie ein Eigentümer zu besitzen. Dass die Praxis dieser Auffassung nicht folgen konnte, ist selbstverständlich, da blosse Willensentschlüsse dem Täter regelmässig nicht nachgewiesen werden können. Es wird aber andererseits auch nicht verlangt, dass die Manifestation des Zueignungswillens in einer unmittelbaren körperlichen Einwirkung auf den Gegenstand besteht[28]. Es genügen vielmehr alle Handlungen, sofern sie nur den Zueignungswillen erkennen lassen. Die Fälle der Zueignung als Unterschlagungshandlung, die in der Praxis am häufigsten vorkommen, und die auch die Wissenschaft schon viel beschäftigt haben, sind die folgenden:

Die Ableugnung des Besitzes eines fremden Gegenstandes, den man im Gewahrsam hat, ist Zueignung, also vollendete Unterschlagung. Die blosse mündliche Aeusserung lässt hier ja eindeutig den Zueignungswillen erkennen[29]. Dasselbe gilt von der Verweigerung der Herausgabe der Sache an den Berechtigten oder von der Erklärung, die Sache für sich behalten zu wollen oder von der Behauptung des Täters, Eigentümer der Sache zu sein[30].

Ein weiterer Fall ist das Anbieten zum Kauf[31] oder der Auftrag zum Verkauf[32].

Daraus ergibt sich natürlich, dass umsomehr im Verkauf[33] selbst und überhaupt in der Veräusserung des Gegenstandes Zueignung zu sehen ist. Jede Weitergabe der Sache, durch welche diese dem Berechtigten entzogen wird, auch die unentgeltliche,

[28] Vgl. Olshausen § 246 Nr. 12
[29] Vgl. RG. 5, S. 252. Allfeld S. 437, 439 und Hälschner 2, S. 351
[30] Vgl. Olshausen § 246 Nr. 12b
[31] Allfeld S. 439, v. Liszt S. 464 Nr. 1
[32] RG. 58, S. 230
[33] Natürlich nur wenn die Sache als fremd verkauft wird, sonst braucht keine Zueignung vorzuliegen, der Verkäufer hat lediglich die Pflicht der Beseitigung des Eigentums des Dritten nach § 434 BGB.

ist Unterschlagung[34]. Dem Verkauf ist gleich zu erachten die Diskontierung eines Wechsels. Der Verkauf unter Vorbehalt des Rückkaufs ist zu behandeln wie eine Verpfändung[35]. Gegen die Ansicht, dass die Veräusserung Zueignung sein soll, wendet sich besonders Höpfner[36]. Da er, wie dargelegt, das Wort „Zueignung" ganz buchstäblich nimmt, erscheint es ihm natürlich paradox, dass ein Vorgang, der, vom Eigentümer vorgenommen, zur Aufgabe des Eigentums führt, Zueignung sei. Dass die Theorie Höpfners zu dieser praktisch unbefriedigenden Folgerung führt, ist m. E. ihre beste Widerlegung.

Aus der Verpfändung kann auf Zueignung je nach der Willensrichtung des Täters geschlossen werden. Wenn der Täter nicht die Absicht hat, die Sache wieder rechtzeitig einzulösen, oder wenn er nicht überzeugt ist, dass er dazu imstande sein werde, liegt Zueignung vor. Dagegen handelt nicht mit dem zur Unterschlagung vorausgesetzten Willen, die Pfandsache sich selbst zuzueignen, wer sie alsbald wieder einzulösen vor hat und hierzu imstande ist oder zu sein glaubt. Es liegt hier ein „Gebrauchen" der Sache vor und keine Zueignung[37]. Wenn der Gebrauch einer Sache die Absicht völliger Beherrschung erkennen lässt oder wenn die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung im wesentlichen nicht mehr erfüllen kann[38]; dann liegt „Verbrauch" vor[39].

Der Verbrauch ist eine der häufigsten Zueignungsarten[40]. Diese kommt besonders bei vertretbaren Sachen im Sinne des § 91 BGB. in Betracht, namentlich in Gestalt der Verausgabung von Geld. Die Frage, ob der Verbrauch vertretbarer Sachen Unterschlagung ist, ist in concreto darnach zu beantworten, ob sie in

[34] Allfeld S. 436; Frank S. 421; Gleispach 1905 S. 43; RG. 11. S. 17; RG. 17, S. 59
[35] RG. 11, S. 17
[36] S. 124
[37] Vgl. dazu Binding S. 269 Nr. 4; Allfeld S. 438; Frank § 242 VII, 2; Olshausen § 242 Nr. 30 und 246 Nr. 15; Höpfner S. 128; RG, 26, S. 230; 47 S. 449 u. a.
[38] Also wenn sie im Verkehrssinne eine andere geworden ist
[39] RG. 44, S. 235
[40] Olshausen § 246 Nr. 14

der Gattung zurückerstattet werden dürften. Soweit sie als Sondersachen zurückgegeben werden mussten, ist ihr Verbrauch Zueignung[41]. Diese Frage ist aber dadurch oft sehr verwickelt, dass es dem Eigentümer regelmässig nicht darauf ankommt, die spezielle Sache zurückzuerhalten und er unter der Bedingung auf die Rückgabe verzichtet, dass er stets den Wert zurückerhalten kann[42].

Näheres zur Unterschlagung vertretbarer Sachen siehe unter B I der Abh.

Soweit nach den beiden ersten Entwürfen Elektrizität unterschlagen werden kann, also zugeeignet wird, kann es sich stets nur um „Verbrauch" handeln (vergl. dazu den Vorschlag Mittermaiers in Reform I 2 S. 349, 350: „Wer . . . . verbraucht")

Hierher gehören auch unter Umständen die Fälle des Verschweigens eines Fundes[43], der Verheimlichung einer Sache[44]. Auch wer eine Sache beiseiteschafft und sie dadurch dem Berechtigten unerreichbar macht begeht eine Zueignung[45]. Soweit hier eine Zueignung nicht feststellbar ist, kann nach den Entwürfen eine „dauernde Entziehung von Sachen" in Frage kommen[46].

Zueignung wird vielfach auch angenommen bei Zerstörung einer Sache[47]. Frank[48] nimmt Zueignung nur an, wenn der Täter durch Zerstörung den wirtschaftlichen Wert der Sache erlangt.

Es bestand von jeher Streit darüber, ob Unterschlagung gegeben sei, wenn der Täter die Sache unentgeltlich an einen anderen veräussert oder die Wegnahme durch Dritte gestattet[49]. Im StGB. heisst es nämlich: Wer „sich" zueignet . . . . . In diesen Fällen eignet sich ja ein anderer die Sache an und bringt sie in sein

[41] Merkel H. H. 4, S. 413; a. A. Allfeld S. 434 Nr. 27; vgl. auch Gleispach 1905 S. 171 ff

[42] Merkel a. a. O.; vergl. auch RG. 5, S. 52

[43] Bei einem gesetzlichen Gebot der Anzeige oder der Ablieferung des Fundes

[44] Vergl. Olshausen § 246 Nr. 17

[45] Vergl. Allfeld 436; Frank § 346 III 3; Gleisbach 1905 S. 46; RG. 26 S. 437

[46] Darüber siehe unter D II der Abh.

[47] Olshausen § 242 Nr. 30 c und Luccas: Das materielle Strafrecht 1907, 2. Aufl. S. 323

[48] § 242 VII; vergl. auch Allfeld S. 436; Binding S. 268; v. Liszt § 127; RG. 11, S. 239; 35 S. 355

[49] z. B. Kommissionär A führt seinen Freund B in sein Kommissionslager, wo sich Seidenballen des C befinden, und gestattet dem B sich Seidenstränge herauszuschneiden.

Vermögen. Für die Frage des „sich-zueignens" kommt es nach dem geltenden Recht darauf an, welcher Theorie man in der Zueignungslehre den Vorzug gibt[50]. Die Entwürfe haben nun darüber Klarheit geschaffen durch die Wendung: „Wer sich oder einem Dritten zueignet"[51]. Die ersten beiden Entwürfe hatten allerdings noch dieselbe Wendung wie das geltende Recht. Man wollte die Auslegung der Praxis überlassen[52], die für das geltende Recht bereits auf dem Wege zur richtigen Lösung war[53]. Auch AE 25 sagt nur „Wer sich zueignet", ergänzend fährt er aber fort: „in der Absicht sich oder einen Dritten zu bereichern". Damit ist ebenfalls klar zum Ausdruck gebracht, dass es keinen Unterschied machen soll, ob der Täter die Sache für sich behalten oder einem Dritten zuwenden will[54]. Die beste Wendung ist aber m. E. die im KE, E 19 und AE 27, weil sie jedem Streit den Boden entzieht.

[50] Näheres siehe Saerbeck S. 59 ff, bes. S. 67

[51] Vgl. Denkschrift E. 19 S. 310, wo es heisst: „um die für das geltende Recht überwiegend vertretene Auffassung sicherzustellen, hat der Entwurf die Worte „oder einem Dritten" hinzugefügt".

[52] Vgl. Begr. VE S. 745

[53] RG. 5, S. 7; 5, S. 218; 47, S. 324; 52, S. 147; 57, S. 166, 168 u. a. Vgl. dazu auch RG. 61, S. 17, wonach ein Bevollmächtigter, der eine fremde Sache namens des Geschäftsherrn veräussert, dadurch nicht den Willen sie sich zuzueignen betätigt, vgl. auch RG. 61/233

[54] Vgl. Nagel S. 75

III. Rechtswidrigkeit.

Ohne Rechtswidrigkeit der Handlung keine Straftat, ohne Rechtswidrigkeit der Zueignung keine Unterschlagung. Dabei genügt zur Rechtswidrigkeit der formell zu konstatierende Widerspruch zwischen der Handlung und den gesetzten oder ungesetzten Recht[1]. Die Entwürfe können in diesem allgemeinen Grundsatz gegenüber dem geltenden Recht natürlich keinen Unterschied machen. Das Erfordernis der Rechtswidrigkeit gilt auch hier selbst dann, wenn die Rechtswidrigkeit der Handlung im gesetzlichen Tatbestand nicht eigens erwähnt ist[2].

Bei der Unterschlagung verlangt das Gesetz die objektive Rechtswidrigkeit der Zueignung teilweise sogar ausdrücklich. In § 271 VE, § 358 KE, § 364 E 19 und im geltenden Recht § 246 StGB. findet sich die Wendung: „Wer . . . . . sich rechtswidrig zueignet".

Wann aber ist die Zueignung objektiv rechtswidrig? Sie ist es, wenn sie mit dem Eigentumsrecht in Widerspruch steht[3]. Es ist ganz klar, dass der Täter keine Unterschlagung begehen kann, der ein Recht auf Zueignung des Objektes hat[4]. Ein Widerspruch mit der Eigentumsordnung liegt auch nicht vor, sobald der handlungsfähige Berechtigte der Zueignung zustimmt[5]. Wohl aber ist Rechtswidrigkeit gegeben, wenn der Täter die in seinem Besitz befindliche Sache sich zueignet statt einer anderen, auf deren Uebertragung er ein Recht hatte[6]. Bei Bestehen einer Gegenforderung besteht kein Recht auf Zueignung, wenn sie vorbehaltlich der Gegenansprüche,

[1] Köhler S. 48

[2] Vgl. dazu Köhler a. a. O. Dieser Grundsatz gilt wie für das geltende Recht auch für die Entwürfe. Der Gesetzgeber selber sagt nirgends ausdrücklich, wann Rechtswidrigkeit gegeben ist, sondern er sagt nur wann die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist. Vgl. Begr. AE 27 S. 21 und § 26 KE § 20 E 19, § 20 AE 25, § 23 AE 27

[3] Höpfner S. 25

[4] RG. 1, S. 273

[5] Vgl. Gleispach 1905 S. 83

[6] Allfeld S. 438 und Merkel H. H. 3, S. 702

also ohne Beziehung auf dieselben, erfolgt. Diese Zueignung ist also rechtswidrig[7]. Bei Mangel eines Rechtes auf Zueignung ist ja schlechthin Rechtswidrigkeit gegeben[8]. Rechtswidrigkeit der Zueignung ist also negativ ausgedrückt überhaupt jede Zueignung ohne rechtlichen Rechtfertigungsgrund[9].

Die beiden letzten Entwürfe ⟨§ 301 AE 25 § 333 AE 27⟩ sowie der GE ⟨§ 299⟩ haben das Erfordernis der objektiven Rechtswidrigkeit nicht in den Tatbestand aufgenommen, wie oben dargelegt, fällt aber dadurch dieses Erfordernis nicht weg.

Diese Entwürfe ⟨GE, AE 25, AE 27⟩ haben aber im Gegensatz zu den übrigen Entwürfen und dem geltenden Recht die Fassung: „Wer sich . . . . in der Absicht zueignet . . . ". Während bei den anderen Unterschlagungstatbeständen ⟨der Entwürfe und des geltenden Rechts⟩ wiederum der Ausdruck „Absicht" oder ein ähnlicher sich überhaupt nicht findet. Die Bedeutung dieses Wortlautes ersehen wir aus einem Vergleich der Unterschlagung in den Entwürfen und im geltenden Recht.

---

[7] Olshausen § 246 Nr. 18
[8] RG. 21, S. 364
[9] Vgl. Harburger 6 S. 210, Gleispach 1905 S. 81–83, Binding S. 272, Hälschner 2, S. 353, Frank S. 487 und Olshausen § 246 Nr. 18

IV. Innerer Tatbestand.

Der innere Tatbestand muss mit dem gesetzlichen Tatbestand kongruieren, d. h. der dolus muss sich auf alle Tatumstände erstrecken, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören ⟨arg. § 59 StGB⟩. Dies gilt natürlich für die Entwürfe nicht mehr und nicht weniger als für das geltende Recht. Der dolus besteht bei der Unterschlagung in dem bewussten Willen, widerrechtlich eine fremde Sache sich zuzueignen[1]⟩. Das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit der Rechtswidrigkeit der Zueignung muss auch vorliegen bei den Entwürfen, die im Unterschlagungstatbestand die objektive Rechtswidrigkeit nicht fordern. Auch sonst ist der innere Tatbestand der Unterschlagung derselbe wie im geltenden Recht ⟨mit einer wichtigen Einschränkung, wie wir unten sehen werden⟩: Nicht gefordert ist das Bewusstsein, dass die Sache eine bewegliche ist[2]⟩. Nicht erstreckt sich ferner der innere Tatbestand auf den „Gewahrsam". Auch der Täter, dem nicht bewusst ist, dass er Gewahrsam an der Sache hat, oder der irrtümlich fremden Besitz annimmt, begeht eine Unterschlagung. Es ist auch ganz gleichgültig ob der gesetzliche Tatbestand von „Besitz oder Gewahrsam" des Täters spricht wie im geltenden Recht oder von dem „Nichtgewahrsam" eines Dritten, oder ob er diesen Gewahrsamsbegriff überhaupt nicht kennt wie im AE.[3]⟩ 25. Eine strafbare Handlung liegt wegen eines Mangels im inneren Tatbestande insbesondere nicht vor, wenn der Täter sich über die objektive Rechtswidrigkeit nicht klar war oder die Fremdheit der Sache nicht kannte. Am häufigsten ist der Fall, dass dem Täter die Widerrechtlichkeit seiner Handlung nicht bewusst war. Dies trifft dann zu, wenn der Täter das Einverständnis des Eigentümers, wenn auch irrtümlich, annahm. Von grosser Bedeutung ist dieser Fall bei den vertretbaren Sachen. Wer der

[1]⟩ Olshausen § 146 Nr. 19; RG. 3, S. 184; 7, S. 349 und 26, S. 437
[2]⟩ Allfeld S. 438 Nr. 51; Olshausen § 246 Nr. 19; Höpfner S. 129
[3]⟩ Für das geltende Recht vgl. Olshausen § 246 Nr. 19; für den VE vgl. Höpfner S. 129

Ueberzeugung ist, dass er nach seiner Vermögenslage jederzeit in der Lage sei, aus eigenen Mitteln die bestimmungsmässige Verwendung eintreten zu lassen oder Ersatz in gleichwertigen Stücken zu leisten, wird regelmässig das Einverständnis des Eigentümers zur Zueignung mit Recht annehmen dürfen[4]). Die Absicht späterer Ersatzleistung kann insoweit geeignet sein, den Vorsatz der rechtswidrigen Zueignung auszuschliessen, als sie die Grundlage für die Ueberzeugung des Täters bilden kann, dass eben wegen der Ersatzabsicht der Eigentümer mit der Zueignung einverstanden sein wird[5]). Auch wer z. B. die unter Eigentumsvorbehalt des Veräusserers erlangte Sache versetzt, um mit dem Pfandschilling den Verkäufer zu befriedigen und dadurch — allerdings nachträglich — seine Befugnis zur Verpfändung herzustellen, kann unter Umständen dabei mit dem irrtümlichen Bewusstsein handeln, zu solchem Vorgehen befugt zu sein[6]). Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, also der Vorsatz, kann auch oft ausgeschlossen sein, wenn der Täter irrtümlich ein Recht auf Zueignung annahm, namentlich bei irriger Annahme der Herrenlosigkeit der Sache. Die Annahme eines solchen Rechtes kann häufig auch vorliegen, wenn Geldforderungen bestehen und der Täter mit diesen aufrechnen wollte durch Verfügung über das fremde Geld[8]).

Ein grundlegender Unterschied besteht aber hinsichtlich des inneren Tatbestandes zwischen a) § 246 StGB., § 221 VE, §358 KE und § 364 E 19 einerseits und b) dem § 299 GE, § 301 AE 25 und § 333 AE 27 andererseits:

a) Nach der ersten Gruppe ist es gleichgültig, welche Absicht der Täter bei Begehung der Unterschlagung hatte.

Allerdings ist es regelmässig eine gewinnsüchtige Absicht, die den Täter zur rechtswidrigen Zueignung einer Sache veranlasst.

---

[4]) Vgl. RG. 4, S. 328; 5, S. 52; 6, S. 125; 7, S. 349; 21, S. 364 u. a.

[5]) Vgl. RG. 1 vom 28. Okt. 1927. 943/27, im „Recht" 32, S. 41 und RG. 4, S. 328; 3, S. 10; 7, S. 349; 14, S. 242 u. a.

[6]) Vgl. RG. III v. 4. Juni 1928. 450/28, im „Recht" 32, S. 423

[7]) RG. 1 S. 290 und 42 S. 43 u. Merkel H. H. 3, S. 702; Olshausen § 246 Nr. 20 Ib und die dort zitierten.

[8]) RG. 20, S. 436

Aber auch der begeht eine Unterschlagung, wer ohne Bereicherungsabsicht handelt[9], also z. B. wer Schriftstücke, die ein anderer verloren hat, sich zueignet, weil er eine Blosstellung durch diese befürchtet. Eine Unterschlagung begeht auch derjenige, der z. B. ein ihm geliehenes Buch, das er liebgewonnen hat, nicht mehr herausgeben will, aber den vollen Ersatz dafür leistet, oder der Millionär, der eine Sache behält und dafür ein Vielfaches an Geldeswert ersetzt. Die Absicht späterer Ersatzleistung allerdings wird wie im geltenden Recht so auch nach den genannten Entwürfen strafbar sein. Diese Absicht kann aber unter Umständen den Vorsatz der rechtswidrigen Zueignung ausschliessen[10].

b) Nach der zweiten Gruppe (GE und den beiden letzten Entwürfen) ist die Unterschlagung Bereicherungsdelikt.

Die Anregung zur Einführung des Erfordernisses der Bereicherungsabsicht bei der Unterschlagung ging schon aus besonders von Lilienthal[11] und dann von Unger[12], Mittermaier[13] und Mumm[14]. Wir finden sie auch im österreichischen Vorentwurf (§ 355), im schweizerischen Vorentwurf Art. 83 und in den meisten neueren Strafgesetzbüchern und Strafgesetzentwürfen[15].

Nach diesen Vorbildern formulierte der GE: „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einem dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen . . . . sich zueignet . . . . "

Der AE 25 (§ 301) sagt: „Wer sich . . . . in der Absicht zueignet, sich oder einen Dritten damit unrechtmässig zu bereichern . . "

Und der letzte Entwurf (§ 333 AE 27) bestimmt: Wer sich oder einem Dritten in der Absicht zueignet, sich oder den Dritten dadurch unrechtmässig zu bereichern . . . . " Was verstehen die Entwürfe unter der Absicht sich zu bereichern?

---

[9] Für das geltende Recht vergl. Gleispach 1905 S. 51, RG. 5, S. 4, 21, S. 270, u. a. Olshausen § 246 Nr. 21 und die dort Aufgeführten, für VE, KE und E 19 ergibt sich genau so wie für das geltende Recht dasselbe.

[10] Vgl. RG. I vom 28. Okt. 1927. 943/27, im „Recht" 32, S. 41

[11] Festgabe für v. Liszt in der Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft 32, S. 23

[12] Im „Recht" 14, S. 299 ff.

[13] In Reform I, 2, S. 348 ff.

[14] Berliner Tagblatt vom 2. Juni 1910

[15] Vgl. Harburger 6 S. 246 ff.

Der Wunsch, den Geldwert seines Vermögens auf Kosten des Verletzten zu vermehren muss es sein, was den Täter zur Unterschlagung treibt.

Von dieser Bereicherungsabsicht hat man zwei Begriffe zu unterscheiden[16]: Nämlich die Absicht, das Vermögen dauernd durch fremde Werte zu vermehren, und die Absicht fremde Werte überhaupt für sich zu haben. Im ersteren Fall bleibt straflos, wer eine fremde Sache verbraucht ohne sein Vermögen zu vermehren und ohne eigene Vermögenswerte damit einzusparen und auch derjenige bleibt straflos, der die ernsthafte Absicht hat, später vollen Ersatz für die zugeeignete Sache zu leisten.

Wenn man die Bereicherungsabsicht aber in letzterem Sinne versteht, so fallen die beiden angeführten Fälle unter die Strafdrohung. Thode führt m. E. mit Recht aus, dass die deliktische Absicht der Bereicherung im ersten Sinne richtig umschrieben ist, weil sonst Fälle bestraft werden, in denen der Täter nicht aus verbrecherischem Willen gehandelt hat, sondern sich lediglich eine kleine Unkorrektheit hat zuschulden kommen lassen[17].

Die „Absicht" sich zu bereichern kann hier nur in der Bedeutung von „Endziel" gemeint sein. Denn die Zueignung ohne diese ganz bestimmte Absicht wird von den Entwürfen anderweitig geregelt, nämlich im GE durch § 300 „eigenmächtige Zueignung" und im AE 27 durch § 334 „unberechtigte Aneignung[18]; im AE 25 – allerdings nur teilweise – durch § 304" dauernde Entziehung von Sachen[19].

Die Bereicherungsabsicht ist ferner, wie z. B. die Begründung AE 25[20] betont, gleichbedeutend mit der „Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen". Dieser Ausdruck findet sich in den §§ 253 und 263 StGB. und bedeutet soviel als ein Vorteil, auf den der Täter keinen rechtlich begründeten Anspruch hat, einen Vorteil contra legem[21].

[16] Ullmann S. 56, Thode S. 61
[17] Besonders im Falle der Ersatzabsicht
[18] Näheres siehe D, I der Abh.
[19] Näheres siehe D II „ „
[20] S. 161; vgl. auch Hegler, J. W. 1925 S. 1502
[21] Vgl. dazu z. B. Olshausen § 253 Nr. 4, § 263 Nr. 42, 43, 45, 49

Der innere Tatbestand der Bereicherungsdelikte § 299 G, § 301 AE 25 und § 333 AE 27 erfordert also noch über den Dolus hinaus als Beweggrund des Täters den rechtswidrig zu erreichenden Vermögensvorteil[22]. Dass auch die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils als Tatmotiv in Frage kommt, ist m. E. nicht nötig. Der Täter braucht nur um die Rechtswidrigkeit zu wissen.

Was bedeutet nun Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils oder die ähnlichen Ausdrücke der Entwürfe?

Nach meinem Dafürhalten ist in den Entwürfen immer dasselbe gemeint, ob sie nun sprechen von „unrechtmässiger Bereicherung" oder von einem „dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil". Es ist wohl nur ein Zufall, dass die Entwürfe nicht der Formulierung Ungers[23] gefolgt sind, der die Wendung vorschlug: „um sich durch ihre Zueignung einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen". Die Ausdrücke „dem Recht zuwiderlaufend" und „unrechtmässig" sind jedenfalls nur eine Tautologie und bedeuten soviel als „rechtswidrig". Entsprechend dem Erpressungs- und Betrugstatbestand im geltenden Recht[24] ist die Bereicherung rechtswidrig dann, wenn der Täter oder der Dritte keinem oder keinem so weit gehendem Rechtsanspruch auf dieselbe hat. Dies ist die Ansicht des Reichsgerichts[25].

In der Wissenschaft wird auch gesagt, die Bereicherungsabsicht sei nicht schon dann rechtswidrig, wenn der Täter keinen Rechtsanspruch auf sie hat, sondern sie liegt vor, wenn das Verschaffen derselben der Rechtsordnung widerstreitet[26].
Die Ansicht des Reichsgerichts geht m. E. durchaus nicht zu weit, denn die Einschränkung, dass das Verschaffen der Rechtsordnung widerstreiten muss, ist ohnehin schon im gesetzlichen[27] Tatbestand verlangt durch das Erfordernis der rechtswidrigen Zueignung.

[22] Vgl. v. Liszt S. 447
[23] Im „Recht" 14, S. 299 ff.
[24] Vgl. Olshausen a. a. O.
[25] RG. 3, S. 429, 26, S. 353
[26] Vgl. Olshausen § 263 Nr. 44, Allfeld S. 478, Liszt § 39 II 4, Finding S. 363
[27] Die Ausdrücke „gesetzl." und „Gesetz", die in der Abh. zuweilen gebraucht werden, dürfen natürlich nicht im eigentlichen, öffentlich-rechtlichen Sinne aufgefasst werden, da die Entwürfe ja nicht Gesetz sind, aber immerhin darf hier wohl vom „gesetzlichen Tatbestand" im übertragenen Sinne gesprochen werden.

Durch die Einführung der Bereicherungsabsicht bei der Unterschlagung soll natürlich nicht verlangt werden, dass objektiv eine Bereicherung des Täters stattfindet. Der Unterschlagungsgegenstand braucht also auch hier einen Vermögenswert nicht zu haben. Notwendig zur Unterschlagung ist hier nur, dass der Täter glaubt, dass der Gegenstand einen Wert hat und er sich damit bereichern könne.

Die Einführung der Beicherungsabsicht als Begriffsmerkmal der Unterschlagung ist geeignet, der Tat ein ganz anderes psychologisches Gepräge und eine ganz andere Tragweite in wirtschaftlicher und sozialer Beziehung zu geben[28]. Mannheim sagt[29], man könne sich mit dieser Neuerung wohl einverstanden erklären, ohne sich auf das Volksempfinden berufen zu müssen, das stets und mit all zu grosser Bestimmtheit für und wider die gerade zu beweisende Auffassung ins Feld geführt wird[30]. Das Merkmal der Bereicherungsabsicht bei der Unterschlagung ermöglicht auch allein eine feste Abgrenzung zwischen Unterschlagung und Sachbeschädigung[31]. Aber alle Vorteile dieser Neuerung wären immerhin noch mit zu grossen Opfern erkauft, wenn die Bedenken, die die Begründung zum VE[32] gegen die Einführung der Bereicherungsabsicht vorbringt, noch Geltung hätten. Denn nach dem VE müsste eine Reihe strafwürdiger Fälle straflos bleiben, nämlich alle Fälle der Zueignung ohne Bereicherungsabsicht. Für die folgenden Entwürfe, die die Bereicherungsabsicht eingeführt haben, sind diese Bedenken aber teilweise wieder gegenstandslos geworden: Der GE bedroht alle diese Fälle und zwar durch das neugeschaffene Delikt der eigenmächtigen Zueignung (§ 300 GE). Nur im AE 25 kann m. E. die Einführung der Bereicherungsabsicht auf keinen Fall gebilligt werden, denn in diesem Entwurf fehlt es an einer dem § 300 GE

[28] Mannheim in Reform II S. 340

[29] a. a. O.

[30] Nach Stichproben, die ich angestellt habe, entspricht der Zustand des geltenden Rechts sogar mehr dem Volksempfinden.

[31] Vgl. Lilienthal: Festgabe für v. Liszt in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft 32, S. 16

[32] S. 732, 733, vergl. dazu Zusammenstellung S. 365, auch Höpfner S. 26 Anm. 45

analogen Bestimmung. Wohl behauptet die Begründung zum AE 25[33]), dass die Fälle, die nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Bereicherungsabsicht strafbar sind, durch den § 304 (dauernde Entziehung von Sachen) erfasst würden, soweit sie strafbar erscheinen. Es ist aber trotzdem eine Reihe von Fällen denkbar, die sehr strafwürdig erscheinen und im geltenden Recht auch bestraft werden[34]), die aber nach dem AE 25 nicht bestraft werden, weil das Delikt der „dauernden Entziehung von Sachen" positiv die Benachteiligungsabsicht verlangt. Zwischen der Bereicherungsabsicht und der Benachteiligungsabsicht besteht darnach eine empfindliche Lücke, die durchaus keinen Vorteil gegenüber der Regelung im geltenden Recht darstellt. Der AE 25 hätte also zum mindesten formulieren müssen: wer . . . . entzieht und dadurch einen anderen benachteiligt . . . .[35]). Der letzte und praktisch wichtigste Entwurf hat dann diese Lücke, wie der GE, wieder ausgefüllt durch die Vorschrift des § 334, darnach soll bestraft werden, wer, abgesehen von den Fällen des Diebstahls und der Unterschlagung, eine fremde bewegliche Sache sich oder einem andern rechtswidrig zueignet[36]).

[33]) S. 151
[34]) z. B. Zueignung politisch wichtiger Dokumente
[35]) Hiernach wäre es also auf die tatsächliche Schädigung abgestellt, die wohl mehr Fälle umfassen dürfte als die Schädigungsabsicht.
[36]) Vgl. Begr. AE 27 S. 164. Näheres siehe unter D I der Abh.

V. Vollendung und Versuch.

Die Entwürfe erklären wie das geltende Recht den Versuch der Unterschlagung für strafbar. Eine Ausnahme machen hierin nur der GE und der AE 25.

Wann liegt nun aber Unterschlagungsversuch und wann vollendete Unterschlagung vor?

Versuch ist zunächst die begonnene aber nicht vollendete Unterschlagung und die Vollendung tritt ein mit dem Vollzug der Zueignung[1].

Bei der Schwierigkeit des Zueignungsbegriffes ist auch der Versuchsbegriff sehr umstritten. Für das geltende Recht ist zugegeben, dass bei der Unterschlagung Versuch möglich ist[2]. Dies gilt natürlich ebenso oder erst recht für die Unterschlagung nach den Entwürfen[3].

Schon die Abgrenzung der straflosen Vorbereitungshandlung gegenüber dem Versuch deckt eine Verschiedenheit der einzelnen Entwürfe zum geltenden Recht auf. Nach geltendem Recht kann die Bemühung, den Besitz der Sache zu erlangen, bezw. das Erlangen des Besitzes niemals als Versuch aufgefasst werden. Die äussere Handlung bei der Unterschlagung besteht ja lediglich in der Zueignung unter der Voraussetzung des Besitzes. Die Erlangung des Besitzes ist aber noch nicht ein Anfang der Zueignung selbst.[4] Nach den Entwürfen können aber auch Sachen unterschlagen werden, an denen der Täter noch keinen Gewahrsam hat.[5] Hier ist die misslungene Bemühung der Besitzergreifung mit dem Zueignungs-

[1] Eine allgemeine Bestimmung über den Zeitpunkt der Vollendung finden wir weder in den Entwürfen noch im geltenden Recht. Der Vollendungszeitpunkt der Unterschlagung ist also lediglich aus der Fassung des gesetzlichen Tatbestandes zu bestimmen.

[2] Olshausen § 246 Nr. 24 und die dort Aufgeführten.

[3] Vgl. z. B. Begr. VE S. 745, wo die Möglichkeit des Versuchs ausdrücklich festgestellt wird.

[4] Olshausen a. a. O. [5] Vgl. dazu das zu A I 4 Gesagte.

willen bereits versuchte Unterschlagung[6]. Wenn der Täter hingegen die Sache schon in seinem Gewahrsam hat, wie es ja für das geltende Recht Voraussetzung für den Unterschlagungsbegriff ist, dann hängt die Frage, wann versuchte und wann vollendete Unterschlagung vorliegt[7], davon ab, was man unter Zueignung versteht. Wer mit der herrschenden Meinung[8] zur Vollendung der Unterschlagung einen äusserlich erkennbaren Willensakt fordert, für den liegt Unterschlagung vor, wenn z. B. die Sache zum Verkauf angeboten wird. Wer aber mit Höpfner[9] die Ansicht vertritt, dass es für den Täter, der Gewahrsam hat, zur Zueignung nur der Fassung des Willensentschlusses bedarf, Quasi-Eigentümer zu werden, für den liegt Vollendung der Unterschlagung schon vor, wenn er sich entschliesst, die Sache zum Verkauf anzubieten. In dem Augenblick des Zueignungsentschlusses ist aber überhaupt noch kein Verhalten des Gewahrsamsinhabers zum Unterschlagungsgegenstand feststellbar. Nach aussen tritt dieser gefasste Zueignungswille, also die vollendete Unterschlagung, erst zu Tage, wenn das Gebaren des Täters einwandfrei auf diesen Willensentschluss folgern lässt. Es gibt also bei dieser Zueignungstheorie für den Fall, dass der Täter am Unterschlagungsgegenstand Gewahrsam hat[10], keine feststellbare Unterschlagungshandlung, die begonnen, aber nicht vollendet ist. Es gibt hier nur einen Unterschlagungsversuch in dem Sinne, dass zur Vollendung ein Tatbestandsmerkmal fehlt z. B. die Fremdheit der Sache[11].

Da aber das Gesetz und die Entwürfe nun einmal den Versuch der Unterschlagung ausdrücklich unter Strafe stellen, so findet die herrschende Zueignungstheorie gerade hierin eine starke Stütze[12]. Man wird also zur Vollendung der Unterschlagung stets ein äusserlich erkennbares Verhalten des Täters verlangen müssen, und auch

[6] Vgl. Höpfner S. 130 u. Sachse S. 76, Nagel S. 78.
[7] Also die Frage der Abgrenzung zwischen Versuch und Vollendung, die stets dieselbe ist, ob der Täter die Sache besitzt oder nicht.
[8] Vgl. Allfeld S. 439, Merkel H.H. 3, S. 708, RG. 55, S. 145.
[9] S. 130.
[10] Und das ist ja nach dem geltenden Recht Unterschlagungsvoraussetzung.
[11] Höpfner S. 130
[12] Vgl. Mittermaier Reform I 2 S. 348–349.

der Unterschlagungsversuch, die begonnene Zueignung, muss irgendwie nach aussen zum Ausdruck kommen. Wann allerdings in concreto Versuch und wann Vollendung vorliegt, ist meistens sehr schwer zu bestimmen. Es entscheiden darüber die Umstände des Einzelfalles.[13])

Der Gesetzgeber weiss sehr wohl, dass der Versuch der Unterschlagung praktisch selten zur Bestrafung gelangt. Aber gerade weil bei manchen Formen der Zueignung das Moment der Vollendung sich schwer bestimmen lässt, muss eine Strafe vorgesehen werden für den Versuch[14]). Unter die Versuchsstrafe fallen dann alle Fälle, in denen der Richter im Zweifel ist, ob Vollendung vorliegt.

[13]) Vgl. Schappei S. 71
[14]) Vgl. Begr. VE S. 745

VI. Strafen bes. Maßnahmen, Schadenersatz.

Einige Gesetze des Auslandes bestrafen die Unterschlagung allgemein oder doch in bestimmten Fällen nur auf Antrag[1]. Die Entwürfe sind ihnen nicht gefolgt, sondern haben sich dem geltenden Recht angeschlossen. Zu erwägen wäre die Frage nur bei den leichten Fällen der Fundunterschlagung. Da aber hier der Verlierer unbekannt ist und der Täter, wenn er ihn kennt, ihn nicht nennen wird, so liegt ein ausreichender Grund für die Bejahung der Frage nicht vor[2].

Die Bestrafung der Unterschlagung nach den Entwürfen zeigt kein einheitliches Bild und weicht vom geltenden Recht vielfach ab. (Vgl. § 271 VE, § 299 GE, § 358 KE, § 364 E 19, § 301 AE 25, § 333 AE 27, § 246 StGB). Aber alle Entwürfe haben mit dem geltenden Recht als Normalstrafe die Gefängnisstrafe gemeinsam. Doch der Strafrahmen ist jeweils sehr verschieden. Die kleinste Einheit ist nach allgemeiner Vorschrift (§ 16 VE, § 52 KE, § 46 E 19, § 16 StGB, § 42 GE, § 31 AE 25, § 35 AE 27) im VE, KE, E 19 und im geltenden Recht ein Tag, im GE und in den beiden letzten Entwürfen eine Woche. Die Höchstgefängnisstrafe ist teils in den Unterschlagungsparagraphen, teils allgemein festgesetzt. Im VE und GE beträgt sie zwei Jahre (vgl. § 271 VE und § 42 GE). Der AE 25 hat sie unverändert aus dem geltenden Recht übernommen und setzt Gefängnis bis zu drei Jahren fest. (Vgl. § 246 StGB., § 301 AE 25). In allen übrigen Entwürfen, (vgl. § 52 KE, § 46 E 19, § 35 AE 27) ist die Höchststrafe fünf Jahre.

Daneben drohen die Entwürfe, wie das geltende Recht[3], noch Geldstrafe an. Der Mindestsatz beträgt hier im GE und KE 3 RM[4], im VE und E 19 5 RM[5]. Für den VE kann aber auf

[1] Harburger 6, S. 356.
[2] Vgl. Begr. VE S. 746.
[3] Bei mildernden Umständen, wie § 246 StGB betont.
[4] § 61 GE, § 66 KE.
[5] § 30 VE, § 54 E 19.

eine Strafe von 1 RM herabgegangen werden, da dieser das Mindestmaß der Strafart nach § 30 VE ist[6]. Die Mindeststrafe von 1 RM entspricht auch dem geltenden Recht[7]. Die Höchstbeträge der Geldstrafen bei der Unterschlagung sind im geltenden Recht 900 RM[8], im VE 2000 RM[9], im GE 10000 RM[10], im KE 5000 RM[11] und im E 19, 20000 RM[12].

Die beiden letzten Entwürfe kennen keine spezielle Geldstrafe bei der Unterschlagung. (Über die kummulative Geldstrafe siehe unten).

Der VE sieht neben der Gefängnis- und Geldstrafe noch Haft bis zu zwei Jahren vor. (§§ 271 und 19 VE).

Der Zulassung der Haftstrafe bei Unterschlagung widersprach aber besonders Köhler[13], und die übrigen Entwürfe sind mit Recht diesem Widerspruch gefolgt. In der Stellungnahme zu diesen Strafen kann man sich den Ausführungen in den Begründungen anschließen: Die Unterschlagung wird nicht in gleicher Weise als ehrenrührig empfunden wie der Diebstahl, dies zeigt sich beispielsweise bei der Fundunterschlagung, sowie in den Fällen, wo eine unter Eigentumsvorbehalt gekaufte und größtenteils bezahlte Sache vom Käufer verpfändet oder veräußert wird[14]. Die Entwürfe drohen daher in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht neben der Gefängnisstrafe wahlweise Geldstrafe an. Es ist nur zu bedauern, daß die beiden letzten Entwürfe die Geldstrafe bei der Unterschlagung nicht kennen, es ist unerfindlich, auf welchen Erwägungen diese Änderung beruht.

Es können gerade bei der Unterschlagung aber schwere Fälle vorkommen, so wenn beispielsweise das Vertrauen eines anderen grob getäuscht wird[15], wenn besonders hohe Beträge oder wenn

---

[6] Vgl. Höpfner S. 41.
[7] § 27 StGB.
[8] § 246 und Geldstrafengesetz.
[9] § 271 VE.
[10] § 299 GE.
[11] § 66 KE.
[12] § 54 E 19.
[13] Köhler in Hirths Ann. 43, S. 169.
[14] Denkschrift E 19, S. 310.
[15] Darüber siehe unter B I der Abh.

zu wohltätigen Zwecken oder sonst zum öffentlichen Nutzen gesammelte Gelder oder auch Mündelgelder unterschlagen werden. Das geltende Recht ermöglicht in diesen Fällen keine ausreichende Sühne.

Die Vorschrift des § 11 des Gesetzes, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, bezw. des Abs. III des § 299 GE, helfen den Bedürfnissen nur in engen Grenzen ab[16]). Deshalb hat Unger[17]) auch bei der Unterschlagung (wie beim Diebstahl) eine Reihe besonderer Schärfungstatbestände vorgeschlagen. Diesem Vorschlag sind die Entwürfe mit Recht nicht gefolgt.

Dafür drohen die Entwürfe für besonders schwere Fälle Zuchthaus bis zu 5 Jahren an. (§ 299 Abs. II GE; § 358 Abs. III KE; § 364 Abs. III E 19; § 333 Abs. III AE 27). Der VE und AE 25 kennen diese Strafdrohung für die bes. schweren Fälle nur bei der Veruntreuung. (§ 271 Abs. III VE; § 300 Abs. III AE 25). Die Ausdehnung der Zuchthausstrafe für besonders schwere Fälle auf alle Fälle der Unterschlagung ist auf einen Vorschlag Köhlers zurückzuführen[18]). Der Strafrahmen ist in diesen Fällen 1–5 Jahre (§ 14 VE; § 50 KE; § 45 E 19; § 31 AE 25; § 35 AE 27), im GE ist die Mindestzuchthausstrafe zwei Jahre (§ 41 GE). Wann besonders schwere Fälle anzunehmen sind, erfahren wir außer durch die Begründungen durch die allgemeinen Vorschriften über die besonders schweren Fälle[19]). Solche liegen darnach namentlich vor, wenn der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich und die Tat wegen der besonderen Umstände ihrer Begehung oder wegen ihrer verschuldeten Folgen besonders strafwürdig ist. Der GE zählt die Fälle im Unterschlagungsparagraph auf, nämlich: besonders hoher Wert des Unterschlagungsgegenstandes oder besondere Kunstgriffe, die der Täter angewendet hat, um die Tat durch längere Zeit fortsetzen zu können.

Das Gegenstück der besonders schweren Fälle, bilden die besonders leichten Fälle, die das geltende Recht ebenfalls nicht kennt.

[16]) Vgl. Denkschrift E 19 S. 310; Begr. AE 25 S. 157; Begr. AE 27 S. 170.

[17]) Zusammenstellung S. 369 ff. [18]) Köhler in Hirths Ann. 43, S. 169. [19]) Diese finden sich in allen Entwürfen: § 84 VE, § 89 GE, § 118 KE, § 117 E 19, § 76 AE 25, § 77 AE 27.

Mögen die allgemeinen Vorschriften noch so vorsichtig abgewogen und die einzelnen Tatbestände noch so sorgfältig begrenzt sein, immer wird es Fälle geben, wo das Rechtsgefühl sich dagegen auflehnt, den Täter auch nur die Mindeststrafe erleiden zu lassen[20]. Hier greifen die allgemeinen Vorschriften über besonders leichte Fälle ein (§ 83 VE, § 88 GE, § 116 KE, § 116 E 19, § 75 AE 25, § 76 AE 27[21]). Für die Unterschlagung kommt hier eine Strafmilderung in Betracht sowohl innerhalb der gesetzlichen Strafgrenzen, als auch an Stelle der angedrohten Strafart eine mildere Strafart, insbesondere Verweis. Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die Tat unschuldbar ist, die Folgen gering sind, sodaß die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde. Nach den beiden letzten Entwürfen sind die besonders leichten Fälle für die Unterschlagung überhaupt nicht vorgesehen. An ihrer Stelle tritt die Strafmilderung wegen besonderer Milderungsgründe (§ 72 AE 25, § 73 AE 27). Daneben sehen alle Entwürfe noch durch allgemeine Vorschriften mildernde Umstände vor. (§ 82 VE, § 87 GE, § 113 KE, § 113 ff E 19, § 75 AE 25, § 76 AE 27) die bei der Unterschlagung sehr wohl zur Anwendung kommen können. Das geltende Recht hat bei der Unterschlagung die mildernden Umstände speziell vorgesehen und bestraft hier mit Geldstrafe. Auch in den Entwürfen wird bei mildernden Umständen immer Geldstrafe auszusprechen sein und zwar auch nach den amtlichen Entwürfen. Der Betrag kann sich hier zwischen 3 und 10000 RM bewegen (§ 33 AE 25, § 37 AE 27). Mildernde Umstände sind insbesondere große Not, Geständnis, Jugendlichkeit des Täters usw. und ergeben sich aus den allgemeinen Strafzumessungsgründen.

Im Gegensatz zum geltenden Recht haben die Entwürfe dem Richter Anhaltspunkte für die Strafzumessung (§ 81 VE, § 81 GE, § 110 KE, § 106 E 19, § 67 AE 25, § 69 AE 27) gegeben. Nach diesen soll der Richter hauptsächlich abwägen, inwieweit die Tat auf

[20] Vgl. Begr. AE 27 S. 57.

[21] Zu § 83 VE, vgl. Köhler VE S. 16. Die Haupterrungenschaft der „bes. leichten" und ebenso der „bes. schweren Fälle" liegt darin, daß dadurch eine ins Einzelne gehende Kasuistik überflüssig wird.

einer verwerflichen Gesinnung oder Willensrichtung des Täters beruht und inwieweit sie auf Ursachen beruht, die den Täter nicht zum Vorwurf gereichen. Er soll berücksichtigen die Beweggründe des Täters, den von ihm verfolgten Zweck und den Anreiz zur Tat, die Nachhaltigkeit des aufgewendeten Willens und die angewandten Mittel, die verschuldeten Folgen der Tat, den Grad der Einsicht, Willensstörungen, Vorleben, persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse, namentlich die bewiesene Reue und das bewiesene Streben, die Folgen wieder gutzumachen.

Wenn dabei die Tat auf besondere Rohheit und Verwerflichkeit des Täters schließen läßt, so hat unter Umständen eine spezielle Strafschärfung der Gefängnis- oder Zuchthausstrafe einzutreten[22]), oder es hat im umgekehrten Fall, wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen gehandelt hat, an Stelle der Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe Einschließung von gleicher Dauer zu treten[23]).

Wie im geltenden Recht bedrohen auch die Entwürfe den Versuch mit Ausnahme des GE und AE 25. Letzterer bestraft nur den Veruntreuungsversuch. Der Versuch ist milder zu bestrafen als die vollendete Tat[24]).

Außer den oben erwähnten Strafschärfungen bei besonders schweren Fällen sprechen die Entwürfe noch erhöhte Strafen aus gegen rückfällige und gewohnheitsmäßige Verbrecher. Bei der Unterschlagung werden diese Bestimmungen selten praktisch zur Anwendung kommen, da sowohl der Begriff des Rückfalls als auch insbesondere der der Gewohnheitsmäßigkeit voraussetzt, daß der Täter wegen Unterschlagung bereits vorbestraft ist. Wer aber einmal wegen solcher Unredlichkeiten vorbestraft ist, dem wird man nicht so leicht wieder Gelegenheit geben, etwas zu unterschlagen. Die Fälle, in denen der Täter eine Sache in Besitz bekommt ohne Zutun des Eigentümers, sind ohnehin nicht sehr häufig. Am leichtesten wird hier aber noch Rückfall in Betracht kommen. Hier ist

---

[22]) § 18 VE, § 54 KE.

[23]) § 71 AE 25, § 72 AE 27; Vgl. §§ 19 und 85 VE, 43 und 82 GE, 55 und 112 KE, 47 und 107 E 19, 20 und 17 StGB.

[24]) Die hier einschlägigen Vorschriften sind §§ 75 und 76 VE, 29 und 30 KE, 23 und 24 E 19, 23 und 72 AE 25, 26 und 73 AE 27.

nur vorausgesetzt, daß der Täter bereits einmal wegen Unterschlagung eine Freiheitsstrafe erlitten hat und innerhalb 5 Jahren sich wieder eine Unterschlagung zu Schulden kommen läßt[25]. Der GE beschränkt die Frist sogar noch auf 3 Jahre[26]. Bei Rückfall tritt[27] stets Straferhöhung ein. Bei dritten und mehrmaligem Rückfall hat die Strafe über den Strafrahmen hinauszugehen[28].

Während die beiden letzten Entwürfe, wie das geltende Recht, diese allgemeinen Rückfallsbestimmungen auch für Unterschlagung nicht kennen, haben alle Entwürfe gemeinsam die verschärfte Strafdrohung gegen gewerbs- und gewohnheitsmäßige Verbrecher. (§§ 89 VE, 97 GE, 121 KE, 120 E 19, 77 AE 25, 78 AE 27). Der Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit wird aber in den Entwürfen verschieden bestimmt. Während die 2 letzten Entwürfe im Wesentlichen die Fälle mitumfassen, die die anderen Entwürfe als dritten Rückfall bezeichnen, verlangen diese anderen Entwürfe, daß der Täter schon vielfach, mindestens aber 5 mal erheblich vorbestraft ist.

Keine Neuerung der Entwürfe gegenüber dem geltenden Recht ist die kumulative Geldstrafe wegen gewinnsüchtiger Absicht, weil auch das geltende Recht seit dem Geldstrafengesetz vom 6. II. 24 diese kennt (§§ 36 VE, 85 GE, 67 KE, 55 E 19, 69 AE 25, 38 AE 27 a StGB). Wenn der Täter aus Gewinnsucht, aus verwerflicher Bereicherungsabsicht, gehandelt hat[29], so kann neben der Freiheitsstrafe auf Geldstrafe bis zu 10000 RM bezw. 50000 RM, nach den beiden letzten Entwürfen bis zu 100000 RM erkannt werden. Auch in besonders leichten Fällen würde sie neben Haftstrafe zulässig sein[30]. Daß diese Gewinnsucht bei der Unterschlagung sehr leicht vorliegen kann, liegt auf der Hand. Es taucht aber hier die Frage auf, ob man die Geldstrafe wegen gewinnsüchtiger Absicht auch anwenden kann in den Entwürfen, in denen die Unterschlagung bereits Bereicherungsabsicht voraussetzt. Ist also die gewinnsüchtige Absicht schon in der Bereicherungsabsicht ent-

[25] §§ 87 VE, 119 KE, 118 E 19, vgl. dazu Höpfner S. 41.
[26] § 95 GE.
[27] Nach Maßgabe der §§ 88 VE, 96 GE, 120 KE, 119 E 19.
[28] §§ 88 VE, 96 GE, 120 KE, 119 E 19.
[29] Begr. VE S. 128.
[30] Vgl. Höpfner S. 47.

halten, und die Gewinnsucht schon in die Strafen für die Unterschlagung eingerechnet? Die Gewinnsucht ist nun m. E. nicht identisch mit der Bereicherungsabsicht. Bereicherungsabsicht ist nicht so sehr im Charakter eines Menschen begründet; wer aus Bereicherungsabsicht handelt, unterliegt mehr einer augenblicklichen Versuchung; die Gewinnsucht dagegen ist eine Sucht, eine einseitige Charakteranlage; zur Gewinnsucht gehört eine Gesinnung, die dauernd unter Mißachtung der Rechte und Interessen Dritter auf Erzielung von Gewinn oder Ersparen von Ausgaben gerichtet ist[31]). Die kumulative Geldstrafe ist also durchwegs möglich in den Entwürfen, die zur Unterschlagung, Bereicherungsabsicht fordern. Bei diesen besteht auch ein besonderes Bedürfnis für die kumulative Geldstrafe, weil diese – wenigstens teilweise[32]) – die Geldstrafe überhaupt nicht kennen.

Eine Besonderheit der Entwürfe ist auch die Verurteilung zu Schadenersatz, sowie die Verpflichtung durch das Gericht, den Schaden wieder gutzumachen. (§§ 57 VE, 94 KE, 87 E 19 und §§ 92 GE, 65 ff E 19, 39 AE 25, 43 AE 27). Da durch die Unterschlagung regelmäßig der Eigentümer geschädigt wird, sind diese begrüßenswerten Bestimmungen von großer Wichtigkeit. Die Verurteilung zu Schadenersatz ist allerdings an die Voraussetzung geknüpft, daß der Schaden den Betrag von 20000 RM nicht übersteigt und seine Feststellung ohne Verzögerung des Verfahrens möglich ist[33]).

Wenn, wie häufig, die Unterschlagung aus ehrloser Gesinnung hervorgegangen ist, und wenn ein gewisses Strafmaß überschritten wird, so können die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt werden oder es kann ihr Verlust von selbst eintreten; ferner kann der dauernde und zeitliche Verlust der Amtsfähigkeit eintreten; es können auch einzelne Ehrenrechte aberkannt werden und Verlust des Wahl- und Stimmrechtes eintreten. Die Regelung im Einzelnen weicht in den

---

[31]) Köhler VE S. 10 Frank § 27 a.

[32]) Die 2 letzten Entwürfe.

[33]) Näheres siehe Höpfner S. 48 Nr. 9.

Entwürfen nicht nur vom geltenden Recht ab, sondern auch die Entwürfe unter sich unterscheiden sich hierin[34]).

Eine Bekanntmachung der Verurteilung, die in einigen Entwürfen vorgesehen ist[35]), wird bei Unterschlagung nur ganz ausnahmsweise in Frage kommen. Angezeigt kann sie z. B. mitunter sein, wenn ein Geschäft durch Unterschlagungen eines Angestellten in vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten geraten ist und dadurch Mißtrauen gegen das Geschäft als solches aufgekommen ist.

Noch seltener wird Anlaß bestehen, bei Verurteilung wegen Unterschlagung auf Einziehung zu erkennen, die auch die Entwürfe kennen, allerdings nicht in demselben Umfang wie das geltende Recht[36]).

Eine völlig neue Errungenschaft der Entwürfe sind die Maßregeln der Besserung und Sicherung, die fast sämtliche bei Verurteilung wegen Unterschlagung angebracht sein können. Eine solche Maßregel ist die Unterbringung in eine Heil- und Pflegeanstalt (§§ 65 VE, 14 GE, 100 KE, 88 E 19, 43 AE 25, 56 AE 27), die aber nicht mehr in das Gebiet der Strafe gehört. Ist die Unterschlagung auf Trunkenheit zurückzuführen, so kann der Täter in eine Trinkerheilanstalt, in eine Entziehungsanstalt untergebracht werden; nach den ersten Entwürfen kann gegen den Täter ein Wirthausverbot ausgesprochen werden. (§§ 43 VE, 69 GE, 98 KE, 92 E 19, 44 AE 25, 57 A 27). Ist die Tat auf Liederlichkeit oder Arbeitsscheue zurückzuführen, so erklärt das Gericht die Unterbringung des Verurteilten in einem Arbeitshaus für zulässig, wenn sie erforderlich ist, um ihn an ein geregeltes Leben zu gewöhnen. Diese Maßnahme kann bei Verurteilung wegen Unterschlagung aber nur nach den ersten vier Entwürfen ergriffen werden. (Vgl. §§ 42 VE, 68 GE, 102 KE, 95 E 19, 383 AE 25, 58 AE 27). Sicherungsverwahrung (§§ 88 GE, 106 KE, 100 E 19), Aufenthaltsbeschränkung

---

[34]) §§ 45–49 VE, 71–75 GE, 83–89 KE, 74–80 E 19, 54–57 AE 25, 46–50 AE 27, 248 und 31–37 StGB. Hier näher einzugehen, würde über den Rahmen der Abhandlung hinausgehen.

[35]) §§ 90 KE, 82 E 19, 59 AE 25, 51 AE 27.

[36]) Vgl. dazu §§ 54 ff VE, 80 GE, 91 ff KE, 83 ff E 19, 60–62 AE 25, 52–54 AE 27, 40–42 StGB.

‹§§ 53 VE, 79 GE, 108 KE, 103 E 19› und Reichsverweisung ‹§§ 53 VE, 79 und 98 GE, 109 KE, 104 E 19, 53 AE 25, 65 AE 27› sind bei Unterschlagung nicht denkbar, da diese Maßnahmen gewohnheitsmäßige Verbrecher voraussetzen und Gefährdung der allgemeinen Sicherheit.

B.

Die erschwerte Unterschlagung.

Nach den Entwürfen, verglichen mit dem geltenden Recht.

Zur erschwerten Unterschlagung sind zu rechnen: die Veruntreuung, die Depotunterschlagung und die Amtsunterschlagung.

I. Die Veruntreuung.

Veruntreuung[1] nennt man den Fall, daß die Sache, die der Täter unterschlägt, diesem anvertraut war.

Wie § 246 StGB. behandelt auch § 271 VE diesen Fall ausdrücklich als qualifizierte Unterschlagung. Dagegen erwähnen die übrigen Entwürfe diesen Fall überhaupt nicht, mit Ausnahme des AE 25, der hierin überhaupt eine Sonderstellung einnimmt.

Der objektive Tatbestand der Veruntreuung ist derselbe wie bei der einfachen Unterschlagung[2]. Es tritt nur noch die einschränkende Bedingung hinzu, daß die Sache dem Täter anvertraut sein muß.

Was heißt nun „anvertrauen"?

Es ist dies kein juristisch technischer Ausdruck[3], sondern ist nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu verstehen[4]. „Anvertrauen", heißt einem anderen eine tatsächliche Verfügungsgewalt unter dem Vertrauen einräumen, er werde seine Gewalt nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen[5]. Als „Anvertrauen" ist jede Übergabe einer Sache mit der Verpflichtung zur Herausgabe an den

---

[1] Der Ausdruck ist entnommen aus den Motiven im Anschluß an den früheren Sprachgebrauch.

[2] Siehe A, I–III der Abh.

[3] Gleispach 1905, S. 93.

[4] RG 4, S. 385, 11, S. 85, 29, S. 238, vgl. Draheim S. 25, Gleispach a. a.O., Binding S. 278.

[5] Olshausen § 246 Nr. 23, Draheim a. a. O.

Eigentümer oder an einen Dritten, oder zu einer bestimmten Verwendung anzusehen[6]. Anvertraut ist auch eine Sache, die der Täter vor dem Anvertrauen kraft einer Vollmacht sich selbst verschafft hat, oder die der Täter nur mittelbar[7] oder durch ein unsittliches Rechtsgeschäft[8] in seine Verfügungsgewalt bekommen hat. Nach Anschauung des Reichsgerichts genügt es auch schon, wenn zu einem schon vorhandenen Gewahrsam[9] an fremder Sache die Verpflichtung zur Herausgabe hinzutritt. (RG 3, S. 642). Es ist auch nicht nötig, die Identität des Eigentümers und des Anvertrauenden[10]. Es kann also auch derjenige, dem die Sache nicht gehört, sie anvertrauen d. h. einem die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine Sache einräumen und ihn zu einem bestimmten Verfahren mit der Sache verpflichten[11]. Ein Anvertrauen liegt aber stets nur dann vor, wenn die Rechtfertigung des Vertrauens im Interesse des Eigentümers liegt[12].

Der innere Tatbestand der Veruntreuung muß sich selbstverständlich auf das Anvertrauen erstrecken. Der Täter muß das Bewußtsein haben, daß die Sache anvertraut ist, d. h. er muß die Kenntnis der Sachlage haben, die den Richter bestimmt, die Sache als anvertraut anzusehen[13]. Es wäre unbillig, den Täter wegen Vertrauensmißbrauchs besonders zu bestrafen, wenn er gar nichts wußte von einem Vertrauensverhältnis. Das käme einer Kausalhaftung gleich, die vom geltenden Recht und von den Entwürfen abgelehnt wird.

Im übrigen gilt bezgl. des Veruntreuungstatbestandes das bei der einfachen Unterschlagung unter A der Abhandlung Gesagte, über die Strafen siehe am Schluß von B I der Abh.

---

[6] Gleispach a. a. O.

[7] RG 4, S. 386.

[8] RG 48, S. 445.

[9] Ob der Tatbestand von Besitz oder Gewahrsam spricht oder diesen nicht erwähnt, ist bei der Veruntreuung gleichgültig, denn an anvertrauten Sachen hat der Täter immer Gewahrsam.

[10] RG 40, S. 22.

[11] Gleispach a. a. O.

[12] RG 40, S. 22, Höpfner S. 131, Frank § 246 VII.

[13] Vgl. Höpfner S. 131.

Häufig kommt die Veruntreuung vor beim Verwahrer, bei Leihe, beim Faustpfandgläubiger, Verkaufskommissionär, Mieter oder bei Leuten, denen Sachen zur Reparatur übergeben werden, ferner beim Testamentsvollstrecker und Vormund und besonders häufig bei den Beamten, denen die Sachen zufolge ihres Amtes übergeben oder belassen sind[14]. Ein im modernen Wirtschaftsleben sehr häufiger Fall ist der der Sicherungsübereignung. Hier hat, wie das Reichsgericht in einer neueren Entscheidung betont, die bei dem Veräußerer verbliebene Sache als anvertraut zu gelten, da sie ihm belassen wurde in dem Vertrauen, er werde seine tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache nicht zum Nachteil des Erwerbers mißbrauchen[15].

Wie bereits erwähnt, nimmt der AE 25 unter den übrigen Entwürfen und gegenüber dem geltenden Recht eine Sonderstellung ein, in der Behandlung der Veruntreuung: er hat nämlich auf die geschichtliche Entwicklung der Unterschlagung zurückgegriffen. Veruntreuung, die qualifizierte Unterart der Unterschlagung, ist geschichtlich der Hauptfall der Unterschlagung[16]. Im Anschluß an das österreichische Vorbild[17] und auf Anregung Harburgers[18] und Gleispachs[19] hat AE 25 als Grunddelikt die Veruntreuung (§ 300), und als Sonderfall die einfache Unterschlagung (§ 301) gebildet und beide Tatbestände scharf von einander getrennt[20]. AE 25 steht also ganz im Gegensatz zum geltenden Recht und zum VE, wo die einfache Unterschlagung das Grunddelikt ist, und die Veruntreuung nur ein Sonderfall, eine Qualifizierung derselben. (§§ 246 StGB, 271 VE).

Die Veruntreuung hat also eine große Wandlung durchgemacht vom geltenden Recht bis zum letzten Entwurf. Zunächst nur Sonderdelikt (StGB. und VE), ist sie dann aus dem Gesetz verschwunden (GE, KE und E 19), um als Hauptdelikt im AE 25 wieder aufzutauchen. Im AE 27 ist sie dann wieder ganz ver-

[14] Vgl. B III der Abh.
[15] Vgl. RG II v. 16. April 1928. 129/28, im „Recht" 32, S. 348.
[16] Vgl. §§ 225 und 226 StGB. für die preuß. Staaten.
[17] § 183 Öst. StGB. 1852, § 340 ö. E 1912.
[18] Harburger 6, S. 374.
[19] Gleispach 1921, S. 180.
[20] Vgl. Begr. AE 25, S. 156.

schwunden. Dieses unsichere Verhalten der Entwürfe hängt m. E. zusammen mit der Neueinführung der besonders schweren Fälle. Schon der VE betrachtet den Veruntreuungstatbestand nur unter dem Gesichtspunkt der besonders schweren Fälle im Sinne seines § 84[21]. Auch die Begr. zum GE[22] sagt: „Die Unterschlagung anvertrauter Sachen (Veruntreuung) ist nicht als erschwerter Fall hervorgehoben. Hier reicht § 89 (besonders schwere Fälle) vollkommen aus soweit nicht GE § 322 eingreift (Untreue"). Auch im KE, E 19 und AE 27 fällt die Veruntreuung lediglich unter den allgemeineren Begriff der erschwerten Fälle[23]. M. E. ist es juristisch nicht von großer Bedeutung ob man dem österreichischen Muster folgt bezüglich Veruntreuung und Unterschlagung. „Den ethischen und psychologischen Unterschieden beider"[24] kann auch innerhalb eines einzigen Tatbestandes ausreichend Rechnung getragen werden, und die große Kluft die ja unbestreitbar zwischen den beiden Delikten besteht[25], kann ja innerhalb eines weiten Strafrahmens praktisch genügend zur Geltung kommen.

Das Hauptverdienst des AE 25 scheint mir darin zu liegen, daß er im Abs. II seines Veruntreuungsparagraphen an die Lösung des Problems der sogen. Unterschlagung vertretbarer Sachen[26] herangegangen ist[27] und so bahnbrechend geworden ist für die Lösung, die wir in unserem letzten Entwurf vorfinden[28]. Die Lösung des AE 27 verdient aber noch den Vorzug gegenüber der im AE 25, denn er hat diese bisher so umstrittenen Veruntreuungsfälle in seinen Untreuetatbestand einbezogen, während der AE 25 sie unter die Eigentumsdelikte eingestellt hat, obwohl sie in erster Linie Vertrauensdelikte sind und erst in zweiter Linie als Ver-

[21] Vgl. Begr. VE S. 746.

[22] S. 376.

[23] Ebermayer KE S. 76; Denkschrift E 19 S. 310; Begr. AE 27 S. 170.

[24] Vgl. Begr. AE 25 S. 156.

[25] Vgl. Gleispach 1921, S. 180.

[26] Die immer eine Veruntreuung ist, da es sich stets um anvertraute Sachen handelt.

[27] Trotz der Bedenken die z. B. Begr. VE S. 747 dagegen ausspricht.

[28] Vgl. dazu Nagel S. 77; ö. StGB. §§ 181, 183; ö. VE 340; Schw. VE 1903 Art. 84.

mögensdelikte empfunden werden, auf keinen Fall aber sind sie Eigentumsdelikte.

AE 25 definiert im § 300 Abs. II:

Ebenso wird bestraft, wer in gleicher Weise anvertrautes Gut, insbes. Geld, verbraucht oder verausgabt[29]).

Der Abs. II des § 348 AE 27 lautet entsprechend: Ebenso wird bestraft, wer abgesehen von den Fällen der §§ 333 (Unterschlagung), 334 (unberechtigte Aneignung), Geld oder anderes Gut, das im anvertraut ist, oder das er für einen anderen empfangen hat, zum Nachteil des Berechtigten für sich oder einen anderen verwendet.

Das geltende Recht und die vier ersten Entwürfe kennen diese oder eine ähnliche Vorschrift überhaupt nicht. § 246 StGB. bedroht nur die rechtswidrige Zueignung „fremder Sachen". Darnach können oft Handlungen nicht bestraft werden, die nach unseren Rechtsempfinden strafwürdig sind, nämlich die Veruntreuung von Sachen die nicht „fremd" sind. Da hier formell keine Verletzung fremden Eigentums vorliegt, ist formell auch keine Rechtswidrigkeit gegeben. Es ist oft zweifelhaft, ob nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts der Kellner, Lohnkutscher, Hausverwalter u. a. Eigentum an dem von den Gästen bezw. Mietern usw. gezahlten Geld erlangt und ihm nur die Verpflichtung obliegt, die empfangenen Beträge seinem Arbeitgeber (Hotelbesitzer, Lohnkutschereibesitzer, Hauseigentümer) abzuliefern, oder aber ob der Arbeitgeber unmittelbar das Eigentum an dem Geld erlangt[30]). Nach geltendem Recht hängt die Entscheidung darüber, ob man solche Leute, wenn sie das empfangene Geld veruntreuen[31]), bestrafen kann, einzig davon ab, wie man die zivilrechtliche Frage beantwortet, ob Eigentum oder Miteigentum eines anderen vorliegt. Seine eigene Sache kann man nicht veruntreuen und wenn die Handlungsweise noch so verwerflich und strafwürdig erscheint. Auf diese Gesetzeslücke ist man schon

[29]) Vgl. §§ 183 ö. StGB, 340 ö. E 1909 und 1912. Art. 122, Schw. E 1918.
[30]) Begr. AE 27 zu § 348 S. 180; Begr. AE 25 zu § 300 S. 156/157.
[31]) Hier nicht im juristisch-technischen Sinn.

frühzeitig aufmerksam geworden[32]), ohne daß es gelungen wäre, sie auszufüllen[33]).

Ein ähnlicher Fall ist gegeben beim Kommissionär nach § 383 HGB. z.B. wenn der Einkaufskommissionär, der die gekauften Waren wieder veräußert, um das Geld zu verbringen, den Kommittenten nicht mehr schadlos halten kann oder wenn der Verkaufskommissionär das für die verkauften Waren vereinnahmte Geld für sich verbraucht z. B. vertrinkt. In beiden Fällen ist der Kommissionär Eigentümer des Erlöses geworden und kann keine Veruntreuung oder Unterschlagung begehen[34]). Ein anderer, häufig vorkommender Fall ist der der fidiziarischen Übereignung. Dieser ist z. B. gegeben, wenn man einem anderen einen Wechsel fiduziarisch indossiert und dieser verbraucht das erhaltene Geld für sich.

Derselbe Fall liegt vor beim depositum irregulare. Auch hier werden Sachen übereignet, um stets das gleiche Quantum zurückfordern zu können. (§ 700 Abs. 1 Satz II BGB.) Auch der Bankier, der Alleineigentümer einer Bank ist, macht sich einer Veruntreuung nicht schuldig, wenn er mit sämtlichen Depositengeldern seiner Kunden flüchtig geht.[35]) Eine für das gegenwärtige Strafrecht sehr unbequeme zivilrechtliche Vorschrift über Eigentumsübergang ist der Eigentumserwerb durch Vermischung. Wer also Geld, das ihm anvertraut ist, mit seinem eigenen vermischt, erwirbt dadurch Miteigentum auch an dem fremden Geld. Eine Unterschlagung ist also ausgeschlossen, wenn er darauf das Geld für sich verwendet. Natürlich ist vorausgesetzt, dass der Vermischung nicht ein ausdrücklicher Wille des Anvertrauenden entgegensteht und dass der Täter den Veruntreuungsvorsatz erst nach der Vermischung fasst.[36])

Die hier aufgezeigten Lücken werden im geltenden Recht nur teilweise durch die Untreue nach § 266 StGB. gedeckt. Gross aber

---

[32]) Dr. A. H. Goltdammers Arch. Nr. 36, S. 347 ff.
[33]) Vgl. R.G. 54, S. 187.
[34]) Die Lücke ist jedoch ausgefüllt durch ein Sondergesetz: § 95 Abs. I Börsengesetz.
[35]) Vgl. Thode S. 17 und die dort Zitierten.
[36]) Sonst wäre die Vermischung „Zueignung" in dem unter A II der Abh. dargelegten Sinn.

ist die Zahl der ausgefüllten Lücken nicht, da der Kreis der deliktsfähigen Subjekte ein äusserst beschränkter ist.[37] Auch der Unterschlagungstatbestand deckt diese Lücke nicht. Die Begründungen sind zwar der Ansicht, dass die Fälle der Stellvertretung und fiduziarischen Uebereignung von den neuen Untreuetatbeständen erfasst werden.[38] Aber selbst diese Fälle füllen die Lücken nur teilweise aus.[39]

Diese hier aufgezeigten Gesetzgebungslücken haben nun die beiden letzten Entwürfe überbrückt und ermöglichen eine Bestrafung der Unterschlagung vertretbarer Sachen ohne Rücksicht auf die Zivilrechtslage (§ 300 Abs. II AE 25, § 348 Abs. II AE 27). Es kommt nur mehr darauf an, dass die veruntreute Sache wirtschaftlich dem Vermögen des Arbeitgebers angehörte und dem Täter wirtschaftlich fremd war. Als Gegenstand bezeichnen die beiden Tatbestände: „Anvertrautes Gut, insbesondere Geld" und „Gelder oder anderes Gut, das dem Täter anvertraut ist, oder das er für einen anderen empfangen hat". Der Ausdruck „Gut" ist gewählt, weil die Vorschrift nicht auf bewegliche Sachen beschränkt bleiben soll.[40] Das „Geld" ist m. E. nur deshalb ausdrücklich hervorgehoben, weil es in den in Frage stehenden Fällen regelmässig das Deliktobjekt bildet. Nach dem Gesagten erwartet man, eine ausdrückliche Klarstellung, dass nur vertretbare Sachen gemeint sein sollen, da wir es mit dem Problem der Unterschlagung vertretbarer Sachen zu tun haben. Die Beschränkung auf vertretbare Sachen ergibt sich aber mühelos aus dem gesetzgeberischen Sinn der Vorschrift[41]. Für den AE 27 wurde dies klargestellt durch die Worte: „abgesehen von den Fällen der §§ 333 und 334"[42]. Auch eine ausdrückliche Erwähnung der Fremdheit bezw. Nichtfremdheit des Gegenstandes vermissen wir. Diese Nichtfremdheit ergibt sich aber aus dem Gegensatz zwischen Abs. I und Abs. II des § 300 AE 25. Dieser kann nur so aufgefasst werden, dass die Fremdheit der Sache

[37] Vgl. Thode S. 35
[38] Vgl. Begr. VE S. 766, Denkschrift E 19 S. 327
[39] Vgl. dazu die Ausführungen Thodes S. 38–41
[40] Begr. AE 27 S. 180
[41] Näheres dazu Thode S. 36 ff.
[42] Begr. AE 27 S. 180

nach Abs. II nicht erforderlich ist[43]). Für § 348 Abs. II AE 27 ergibt sich dies aus der ausdrücklich gewollten Ergänzung zu den §§ 333, 334[44]). Die Bedeutung des Zusatzes im AE 27 „oder das er für einen anderen empfangen hat" zu dem Erfordernis des „anvertraut seins" ergibt sich aus dem Gedanken, die schon Mannheim[45]) bringt: Durch die Fassung des Abs. II des § 300 AE 25 tauchte die Frage nach dem Verhältnis des Begriffes des „anvertrauten Gutes" zu den des fiduziarischen Eigentums auf. Durch die von der Begründung als selbstverständlich vorausgesetzte Auslegung des § 300 Abs. II AE 25 wurde für das Strafrecht ein von den zivilrechtlichen verschiedener Begriff des Treuhandeigentums geschaffen. Wollte man für den AE 25 der Rechtssprechung des Reichsgerichts folgen, so wäre die neue Errungenschaft des Abs. II des § 300 AE 25 ziemlich wertlos. Die Zivilsenate des Reichsgerichts verlangen nämlich in ständiger Praxis[46]), dass sich der Gegenstand bereits im Vermögen des Treugebers befunden haben müsse; sonst könne von einem Anvertrauen zu treuen Händen nicht gesprochen werden. Es wäre darnach nach Mannheim[47]) zweifelhaft, ob der Begriff des Anvertrauens im § 300 AE 25 soweit anzulegen ist wie es der Begründung[48]) vorschwebte und wie es bisher im § 246 StGB. geschah. Wie oben ausgeführt wurde, gilt nach dem geltenden Recht auch die Sache als anvertraut, die dem Täter nicht vom Treugeber, sondern von einem Dritten übergeben wird[49]). Diesen Bedenken Mannheims hat die Fassung des AE 27 ‹Abs. II des § 348› Rechnung getragen durch die erwähnte Ergänzung des Begriffs des „Anvertrauens".

Die Handlung in den beiden Tatbeständen ‹Abs. II des § 300 AE 25 und des § 348 AE 27› besteht hier im „Verbrauchen

[43]) Mannheim Reform II S. 347; Näheres Thode 53ff.
[44]) Begr. AE 27 S. 180
[45]) a. a. O.
[46]) Vgl. RGZ. 84, S. 217; 91, S. 16; 94, S. 308; Warneyer Rechtssprechung 1921 Nr. 130, S. 157
[47]) a. a. O.
[48]) Vgl. die Beispiele in Begr. AE 25 S. 156
[49]) Z. B. der Täter verkauft auftragsgemäss für einen anderen eine Sache und unterschlägt den Erlös. Der Erlös ist hier mittelbar anvertraut. Vgl. RG 4, S. 386; Gleispach 1905 S. 94 ff.

oder Verausgaben", dort in der Verwendung „für sich oder einen anderen zum Nachteil des Berechtigten". Es ist ganz klar, dass der Ausdruck Zueignen hier nicht am Platze wäre, da es sich hier um Sachen handelt, die der Täter bereits in seinem Eigentum hat. Eigene Sachen kann man aber sich nicht mehr zueignen. Der Begriff „verbrauchen oder verausgaben" ist aber entschieden zu eng gefasst. Er umfasst nicht die Fälle, in denen jemand anvertrautes Gut z. B. versteckt oder in Verwahrung gibt, die doch genau so strafwürdig sind als die Fälle des sofortigen Verbrauchens und Verausgabens. Die beiden Ausdrücke „Verbrauchen" und „Verausgaben" passen nur für Geld oder verbrauchbare Sachen[50]. Mannheim[51] betont dagegen mit Recht, dass die Handlungen des § 300 Abs. II AE 25 möglichst der der Zueignung des § 300 Abs. I entsprechen müssen. Ein Plus wäre ebenso schädlich wie ein Minus. Der AE 27 ist dieser Forderung schon ziemlich gerecht geworden mit dem Ausdruck „verwenden". Besser hätte er aber noch m. E. getan, wenn er dem Vorschlag Mannheims gefolgt wäre[52]. Für diesen ergibt sich einerseits nicht die Notwendigkeit, auch den strafen zu müssen, der z. B. anvertrautes Geld[53] verleiht (also verwendet), aber zur festgesetzten Zeit seiner Rückzahlungspflicht nachkommt. Andererseits bestünde hier die Möglichkeit, den zu bestrafen, der das mit dem Auftraggeber vereinnahmte Geld im Schranke einfach liegen lässt, in der Hoffnung der Auftraggeber werde sterben, bevor er es zurückfordern könne. Hier liegt doch sicher kein Verwenden vor, wohl aber ein strafwürdiges Vorenthalten.

In subjektiver Hinsicht ist nach AE 25 nötig das Bewusstsein des Träuhänders, anvertrautes Gut zu verbrauchen oder zu verausgaben, im AE 27 das Bewustsein der Verwendung des anvertrauten Gutes. Im ersten Fall wird auch noch Bereicherungs-

[50] Näheres zum Begriff des „Verbrauchens u. Verausgabens", siehe Thode 59ff.
[51] Reform II S. 348
[52] Mannheim schlägt in Reform II S. 348 die Fassung vor: „Verbraucht oder verausgabt oder in sonstiger Weise dem Treugeber vorenthält".
[53] Etwa das er für einen anderen eingenommen hat.
[54] Vgl. das unter A IV der Abh. Gesagte.

absicht verlangt[54]), im letzten Fall dagegen das Bewustsein, dass die Verwendung zum Nachteil des Berechtigten geschieht[55]).

Die Strafe für die Veruntreuung ist nach dem geltenden Recht Gefängnis bis zu 5 Jahren, nach dem VE § 271 Gefängnis oder Haft oder Geldstrafe bis zu 5000 RM, in „besonders schweren Fällen" (§ 84 VE) Zuchthaus bis zu 5 Jahren. Trotz der gewaltig erweiterten Strafmöglichkeiten bezeichnet Unger[56]) die im VE vorgesehenen Strafen als unzulänglich. Wenn man schon jedem Delikt einen eigenen Strafrahmen geben will, so lässt sich m. E. überhaupt ein allgemeinerer Strafrahmen als den der Veruntreuung nach VE nicht denken. Die Normalstrafe Gefängnis bis zu 5 Jahren entspricht dem geltenden Recht und bedarf wohl keiner Rechtfertigung. Daneben sind noch Haft- und Geldstrafe zugelassen, um den vorkommenden milden Fällen gerecht zu werden[57]). Mit Recht sind bei diesem ohnehin schon qualifizierten Delikt noch die „besonders schweren Fälle" hervorgehoben, die das geltende Recht nicht genügend ahndet. Nach der Begründung[58]), soll dadurch getroffen werden der wohlsituierte Bankkassier, der mit Riesensummen aus reiner Genußsucht durchgeht, ferner der Leichenräuber und dann der Bankier, der durch gewissenlose Veruntreuung Tausende unglücklich macht. Der Begriff des besonders schweren Falles ist im Gesetz selbst geregelt (§ 84). Ausser den hier angeführten Fällen hebt die Begründung noch hervor die Fälle, wo der Täter sich in einer amtsähnlichen Stellung oder in einer Vertrauensstellung befand oder dass er mit der Unterschlagung unrichtige Buch- oder Rechnungsführung oder ähnliche auf Täuschung berechnete Veranstaltungen verbunden hat. Im GE ist die Veruntreuung nicht als erschwerter Fall hervorgehoben worden. Darnach würde zunächst der Strafrahmen der einfachen Unterschlagung Anwendung zu finden

---

54) Vgl. das unter A IV der Abh. Gesagte.
55) Die Einschränkungen durch Bereicherungsabsicht oder durch Bewusstsein der Benachteiligung sind sehr zu begrüssen. Dadurch bleibt dem Delikt der Charakter eines erschwert strafbaren Falles. Die durch diese Einschränkungen ausfallenden Fälle siehe unter D der Abh.
56) Zusammenstellung S. 369
57) Vgl. Begr. VE S. 746
58) Vgl. Begr. VE. a. a. O.

haben[59]). Die Begr. GE[60]) betont, dass hier § 89 (bes. schwere Fälle) vollkommen ausreicht, soweit nicht GE § 322 eingreift (Untreue). Wie erwähnt, fallen einige hier unter „Veruntreuung" besprochene Fälle unter den Untreuetatbestand. Für diese gilt also Gefängnisstrafe, unter Umständen Zuchthaus bis zu 5 Jahren[61]). Wie der GE kennt auch der KE die Veruntreuung nicht. Dafür wurde in Abs. 1 des § 358 KE die Strafe auf Gefängnis schlechthin, oder Geldstrafe festgesetzt, in besonders schweren Fällen Zuchthaus bis zu 5 Jahren[62]). Dieselbe Strafdrohung finden wir im E 19 (§ 364). Unter „besonders schwere Fälle" führt die Denkschrift E 19[63]) den Fall an, dass das Vertrauen eines anderen grob getäuscht wird, also die Veruntreuung. AE 27 § 333 enthält dieselbe Strafdrohung. Die Geldstrafe kennt er nicht. Ich möchte hier aber unbedingt den Vorschlag machen, neben Gefängnis die Geldstrafe einzuführen, denn gerade die Veruntreuung ist ein Delikt der Gelegenheit, der „schwachen Stunde". Wer hier einmal gefehlt hat, wird häufig für sein ganzes Leben die Lehre daraus ziehen. Die Geldstrafe würde hier das Fortkommen eines solchen unnötig erschweren. Die Höhe der Strafe entspricht, wie die Begr. AE 27[64]) ausdrücklich erklärt, der Veruntreuungsstrafe des geltenden Rechts und die „besonders schweren Fälle" sind nicht zuletzt gerade mit Rücksicht auf die Veruntreuungsfälle und unter erhöhte Strafe gestellt. Die Veruntreuung im AE 25 (§ 300) spricht dieselbe Strafe aus sowohl für die Fälle des Abs. II als auch des Abs. I, nämlich Gefängnis, und in besonders schweren Fällen Zuchthaus bis zu 10 Jahren.

In allen bisher erwähnten Fällen ist der Versuch strafbar wie im geltenden Recht. Die Fälle des § 300 Abs. II AE 25, die der AE 27 bei der Untreue geregelt hat, erfahren dadurch eine Sonderbehandlung in der Bestrafung, da der Versuch der Untreue nicht strafbar ist. Sonst ist die Strafe ebenfalls Gefängnis und in besonders schweren Fällen Zuchthaus bis zu 5 Jahren.

Im übrigen gilt das unter A VI der Abh. über die Strafen allgemein Ausgeführte.

[59]) Siehe unter A VI der Abh.
[60]) S. 276 [61]) Vgl. 322 Abs. II GE
[62]) Vgl. Ebermayer KE S. 76
[63]) S. 310 [64]) S. 170

II. Die Depotunterschlagung.

Die Depotunterschlagung nach § 11 Depotgesetz vom 5. Juli 1896, bedroht eine ganz bestimmte Art der Unterschlagung nach § 246 StGB. mit erhöhter Strafe[1]. Sie kennzeichnet sich der einfachen Unterschlagung gegenüber durch ein bestimmtes Subjekt (Kaufmann)[2], ein bestimmtes Objekt (fremder Wertpapiere) und durch bestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen (Zahlungseinstellung, Konkurseröffnung). Zum inneren Tatbestand gehört noch dazu das Bewustsein der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung[3].

Durch die Entwürfe VE, KE und E 19 erleidet der Tatbestand der Depotunterschlagung keine Veränderung, da er einen in bestimmter Weise begründeten Gewahrsam zum Begriffsmerkmal hat[4]. Es kann daher die Erweiterung des Gewahrsamsbegriffs in diesen Entwürfen auf die Depotunterschlagung keinen Einfluss haben.

Wie ist es nun in den übrigen Entwürfen, deren innerer Tatbestand durch Einführung der Bereicherungsabsicht ein verändertes Aussehen erhalten hat?

Auch hier kann nicht gegen den Wortlaut des Gesetzes, das nicht sagt „unterschlägt" (also nicht auf den Unterschlagungsbegriff Bezug nimmt), sondern einfach „rechtswidrig zueignet", eine Aenderung des Tatbestandes angenommen werden[5]. Aber wenn der AE 27, der die Unterschlagung zum Bereicherungsdelikt stempelt, Gesetz wird, dann wird es unausbleiblich sein, dass der § 11 Dep.-G. dem Unterschlagungstatbestand des § 333 AE 27 angeglichen wird. Es wäre dies dann im Interesse der Einfachheit und einer geradlinigen Systematik, denn die Dep.-Unterschlagung ist

[1] Vgl. Stenglein § 11 Nr. 2; Kriegmann Denkschrift zum GE S. 392.
[2] Und zwar jeder Kaufmann nach Stenglein a. a. O.
[3] Auf den Tatbestand näher einzugehen liegt keine Veranlassung vor, da dieser in den Grundzügen mit dem der Unterschlagung übereinstimmt und nur vom Standpunkt der Strafrechtsreform hier von Interesse ist.
[4] Höpfner S. 132
[5] Vgl. Olshausen § 246 Nr. 29 c für den AE 25

nach Einführung des neuen Unterschlagungstatbestandes keine Unterschlagung mehr, da sie mit der Deliktsform der Unterschlagung nicht übereinstimmt, und die Gründe, die zur Einführung der Bereicherungsabsicht bei der Unterschlagung massgebend sind, gelten ebenso bei der Dep.-Unterschlagung. Ein Vorbild für diese Angleichung an den Unterschlagungstatbestand haben wir im GE. Nachdem dieser im § 299 Abs. I und II die Unterschlagung geregelt hat, regelt er im Abs. III die Dep.-Unterschlagung. Er spricht hier aber nicht von Zueignung, sondern nimmt Bezug auf den Abs. I, indem er sagt, „ist die Unterschlagung von einem Zahlungsunfähigen oder überschuldeten Kaufmann begangen, . . ." da nun aber die Unterschlagung nach 399 Abs. I GE Bereicherungsdelikt ist, ist somit auch die sog. Dep.-Unterschlagung Bereicherungsdelikt. Im übrigen ist der Tatbestand der Dep.-Unterschlagung im Depot-Gesetz und im GE. im Wesentlichen derselbe.

Bemerkenswert ist noch, dass der GE. Zuchthaus bis zu zehn Jahren androht, während das geltende Recht vom Zuchthaus schlechthin spricht. Im geltenden Recht und in den übrigen Entwürfen ist also eine Zuchthausstrafe bis zu 15 Jahren möglich ‹§§ 14 VE, 50 KE, 45 E 19, 31 AE 25, 35 AE 27.

Während die Dep.-Unterschlagung nach § 11 Dep.-Gesetz und § 299 GE. hauptsächlich nur eine Erweiterung der Strafdrohung für Unterschlagung enthalten, finden wir im Dep.-Gesetz auch Ergänzungen des Unterschlagungstatbestandes und die Ausfüllung einiger Lücken, die wir im Unterschlagungstatbestand bereits festgestellt haben. Da diese Bestimmungen ebenfalls dem Schutze von Eigentumsrechten dienen ‹allerdings von subjektiv bestimmt umgrenzten Eigentumsrechten›, hat der GE diese als Eigentumsdelikte im Anschluss an die Unterschlagung geregelt. Von Bedeutung ist hier noch § 302 GE ‹Verfügung über fremde Wertpapiere›, der den § 9 Dep.-Ges. im Wesentlichen übernommen hat. Beide Tatbestände verlangen nur eine Verfügung, keine Zueignung, während auch sie als Deliktsobjekt f r e m d e Wertpapiere zur Voraussetzung haben und sich damit der Unterschlagung und überhaupt den Eigentumsdelikten anreihen. Die Lücken im Tatbestand der Unterschlagung

füllen diese Tatbestände aber deswegen nicht aus, weil sie nur ganz bestimmte Arten vertretbarer Sachen, nämlich die in § 1 Dep.Ges. aufgezählten Wertpapiere zum Unterschlagungsgegenstand haben[6]).

De lege ferenda ist natürlich die Lösung des GE als monströs zu bezeichnen, denn der Abschnitt über die Eigentumsdelikte wird dadurch sehr unübersichtlich und zu kasuistisch. Trotz dieser Ausführlichkeit gelingt es dem GE aber nicht, alle Lücken zu beseitigen. Dazu kommt noch der Umstand, dass durch diese Regelung verschiedene Vorschriften aus einem zusammenhängenden Gesetz herausgenommen werden und Zusammengehörendes zerrissen wird.

[6]) Vgl. Thode S. 37

III. Die Amtsunterschlagung.

Die Amtsunterschlagung ‹§§ 209 VE 166 KE 174 E 19 127 Abs. II AE 25, 131 AE 27; GE fehlt, vgl. § 90 GE›, unterscheidet sich von der einfachen Unterschlagung genau so wie die Dep.-Unterschlagung von der einfachen Unterschlagung. Beide Tatbestände verlangen ein besonderes Verbrechenssubjekt und einen in bestimmter Weise begründeten Gewahrsam. In diesen beiden Merkmalen liegt auch jeweils das qualifizierende Moment. Dort handelt es sich um das Vertrauen des Volkes, um die Volkswirtschaft, hier um das Vertrauen des Volkes in die Staatsgewalt selbst[1]›.

Der Kreis der Subjekte, die bei der Amtsunterschlagung in Frage kommen, hat sich in den Entwürfen gegenüber dem geltenden Recht erweitert. Nach geltendem Recht muss Subjekt des Deliktes ein Beamter sein. Wer Beamter ist, sagt § 359 StGB.: „Alle im Dienste des Reiches oder in unmittelbaren und mittelbaren Dienst eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellten Personen ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht; ferner auch Notare. Das Beamtenverhältnis muss z. Zt. der Unterschlagung bestehen[2]›. Die Unterschlagung ist also im geltenden Recht ein Beamtendelikt[3]›. Die Regelung berücksichtigt die unbeamteten Amtsträger nicht und entspricht dem gegenwärtigen Verfassungs- und Verwaltungsrechtszustand nicht mehr[4]›. In den heutigen veränderten staatsrechtlichen Verhältnissen werden zahlreiche nichtbeamtete Personen zu öffentlichen Aemtern auf allen Gebieten des staatlichen Lebens berufen. Daher hat die Wissenschaft schon längst die Forderung aufgestellt[5]›, nicht die Beamteneigenschaft, sondern die berufliche Amtsausübung entscheiden zu lassen.

---

[1]› Begr. VE S. 615 und 616.
[2]› RG 2, S. 181; 35, S. 75.
[3]› Olshausen § 350 Nr. 1
[4]› Vgl. Begr. VE S. 616. Preiser Reform I, 2, S. 238
[5]› Vgl. bes. Wachinger vergl. Darstellung, bes. Teil 9, S. 305.

Die Entwürfe haben daher den Beamtenbegriff definiert: „Beamter ist eine Person, die zur Ausübung eines öffentlichen Amtes berufen ist"[6]. Nach den Entwürfen ist also Täter jeder Träger eines öffentlichen Amtes. Als solcher ist nach der Begr. VE[7] jeder anzusehen, dem ein durch das öffentliche Recht umgrenzter Kreis von öffentlichen Pflichten gesetzmässig übertragen ist, also z. B. ein Schöffe, Geschworener und überhaupt jeder Laienrichter. Was unter einem öffentlichen Amt zu verstehen ist wird im einzelnen Fall nach dem geltenden Staats- und Verwaltungsrecht zu entscheiden sein[8].

Die zwei letzten Entwürfe sind noch einen Schritt weiter gegangen und haben das Wort Beamter durch „Amtsträger" ersetzt[9].

Als Objekt der Amtsunterschlagung bezeichnen das geltende Recht und die Entwürfe (§§ 350 StGB, 209 VE, 166 KE, 174 E 19, 127 Abs. II AE 25, 131 AE 27): „Gelder oder andere (bewegliche) Sachen, die der Täter in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat" und „eine dem Täter amtlich anvertraute oder (zugängliche) Sache". Der Gegenstand der Amtsunterschlagung deckt sich also mit dem der einfachen Unterschlagung, da aber die Gegenstände regelmässig den Beamten anvertraut sind, wird die Amtsunterschlagung meistens als Veruntreuung sich darstellen. Durch die Hervorhebung des Geldes soll angedeutet werden, dass die Vertretbarkeit des Geldes[10] durch die Natur des Beamtenverhältnisses regelmässig ausgeschlossen ist[11]. Das Fehlen des Geldes in den Tatbeständen der beiden letzten Entwürfe legt die Vermutung nahe, dass man in der Hervorhebung des Geldes in den übrigen Entwürfen eine Regelung der Unterschlagung vertretbarer Sachen sah[12]. (Diese beiden Entwürfe regeln ja die Unter-

---

[6] §§ 12 Ziff. 3 VE, 12 Ziff. 3 GE, 12 Ziff. 3 KE, 9 Ziff. 4 E 19, die übrigen Entwürfe siehe weiter unten.
[7] S. 21 ff vgl. auch Höpfner S. 133
[8] Preiser Reform I, 2, S. 239
[9] §§ 11 Ziff. 3 AE 25, 9 Ziff. 4 AE 27
[10] Vgl. die unter B I Abh. erörterte Frage der Unterschlagung vertretbarer Sachen.
[11] Vgl. Olshausen § 350 Nr. 5, v. Liszt S. 616, Thode S. 24, RG. 3, S. 10.
[12] Eine von Thode S. 244 als unhaltbar widerlegte Auffassung.

schlagung vertretbarer Sachen ausdrücklich〉. Dass das Vorliegen eines Beamtenverhältnisses meist die Vertretbarkeit des Geldes ausschliesst, hat das RG. wiederholt ausgesprochen[13]〉. Zugegeben, dass hierin das Reichsgericht zu weit geht, so ist das doch praktisch ohne Bedeutung, da in der Regel der Vorsatz rechtswidriger Zueignung fehlen wird. Der Begriff „in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam" ist natürlich in den Entwürfen derselbe wie im geltenden Recht. Es ist also erforderlich, dass ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang zwischen der dienstlichen Obliegenheit und der Empfangnahme des Geldes besteht[14]〉. Der Begriff ist also weiter als die amtliche Zuständigkeit und enger als amtliche Zugänglichkeit[15]〉. Erforderlich ist auch, dass nicht ein anderer Beamter ausser dem Täter noch Gewahrsam am Unterschlagungsgegenstand hat[16]〉. Den Ausdruck der zwei letzten Entwürfe „amtlich anvertraut" hat m. E. Thode[17]〉 richtig bestimmt: Amtlich anvertraut sind die Sachen, die der Amtsträger innerhalb seiner Zuständigkeit empfängt und auch die, welche ihm im Glauben an seine Zuständigkeit — die in Wirklichkeit nicht besteht — übergeben wird. Durch die Fassung in den zwei letzten Entwürfen ist der Tatbestand der Amtsunterschlagung enger geworden[18]〉. Dagegen ist die bisherige ganz ungerechtfertigte Straflosigkeit in den Fällen, wo noch ein anderer Beamter Mitgewahrsam hatte[19]〉, nun weggefallen durch die Einbeziehung des Diebstahls 〈§§ 127 AE 25 und 131 AE 27〉 und der unberechtigten Aneignung 〈§ 131 AE 27〉.

Die Handlung bei der Amtsunterschlagung wird in allen Entwürfen — mit Ausnahme der beiden letzten — und im geltenden Recht bezeichnet durch das Wort „unterschlägt". Offensichtlich

[13]〉 RG. 3, S. 10, 4, S. 24, 5, S. 304, 61, S. 207.
[14]〉 RG. 54, S. 227.
[15]〉 Vgl. Olshausen § 350 Nr. 3
[16]〉 denn sonst läge Diebstahl vor, Bruch fremden Gewahrsams.
[17]〉 S. 69.
[18]〉 Vgl. Begr. AE 25, S. 71, Begr. AE 27, S. 75.
[19]〉 Begr. AE 25 S. 71 und Begr. AE 27 S. 75 heben hervor, die in Güter — oder Postwagen der Eisenbahn beförderten Gegenstände oder die in Aemtern oder Behörden aufbewahrten Sachen, besonders Aktenbücher, Urkunden usw.

wird dadurch auf die Unterschlagungstatbestände verwiesen. Es müssen also bei der Amtsunterschlagung sämtliche Erfordernisse der einfachen Unterschlagung festgestellt werden, namentlich der Alleingewahrsam des Täters[20]. Bei der Amtsunterschlagung wird aber der Fall, dass eine nicht fremde Sache veruntreut wird und sich eine Lücke im Gesetz ergibt, praktisch selten vorkommen, da der Beamte ja regelmässig nicht Eigentum erwirbt, daher also selbst bei Ersatzabsicht und Fähigkeit zum Ersatz bei ordnungswidriger Verwendung „unterschlägt". Der Beamte, der also z. B. Gelder, die er in amtlicher Eigenschaft in Gewahrsam hat, widerrechtlich der Kasse entnimmt, um sie einer Privatperson als Darlehen zu geben, ist schon auf Grund dieser Entnahme der vollendeten Amtsunterschlagung schuldig[21].

Durch die Aenderung des Unterschlagungstatbestandes in den beiden letzten Entwürfen hat sich auch die Amtsunterschlagung geändert[22]. Da nach § 300 AE 25 und § 333 AE 27 die Bereicherungsabsicht Unterschlagungsmerkmal ist, muss diese auch bei Unterschlagung und Veruntreuung im Amte verlangt werden. Darauf lässt auch die Einführung der unberechtigten Aneignung im Amte nach AE 27 schliessen. Für den AE 25 ergeben sich noch schwierige Fragen wegen des § 300 Abs. II, also wegen der Unterschlagung vertretbarer Sachen. Man wird wohl annehmen dürfen, dass es darnach zwei Tatbestände der Veruntreuung im Amte gibt, den Fall des Abs. I und des Abs. II des § 300[23]. Im letzten Entwurf ist dieser Tatbestand wieder weggefallen[24]. m. E. wäre hier dafür eine allgemeine Vorschrift über Strafschärfung gegen Beamte am Platze[25].

In subjektiver Hinsicht ist natürlich das Wissen und Wollen der Deliktsmerkmale erforderlich, insbesondere das Bewusstsein der

---

[20] Vgl. für das geltende Recht, Olshausen § 350 Nr. 2
[21] Vgl. RG. I vom 24. Januar 1928 1140/27, im „Recht" 32, S. 349.
[22] Abgesehen von den Erweiterungen durch die Einführung des Diebstahls im Amte.
[23] Vgl. dazu Thode S. 69.
[24] Da ja die Unterschlagung vertretbarer Sachen im Untreue-Paragraphen geregelt ist.
[25] Vgl. die früheren Entwürfe §§ 210 VE, 90 GE, 174 KE, 181 E 19.

Rechtswidrigkeit. Da diese bei Vermischung ohne Bereicherungsabsicht regelmässig fehlen wird, bleiben die weniger strafwürdigen Fälle straflos[26].

Das geltende Recht (§ 351 StGB.) und der VE (§ 209) kennen neben der einfachen Amtsunterschlagung noch die sogen. verschleierte Amtsunterschlagung. Diese liegt vor, wenn mit dem Tatbestand der einfachen Unterschlagung sich vorsätzliche unrichtige Buch- oder Rechnungsführung oder ähnliche auf Täuschung der Behörde berechnete Veranstaltungen verbinden. Dabei ist hier zu denken an Vorbereitungs-, Erleichterungs- oder Verdeckungsmanöver[27]. Subjekt des Deliktes ist hier ein Beamter, der Geld zu kassieren hat und die Buchführung darüber hat. Die Behörde, auf deren Täuschung die Veranstaltungen berechnet sein müssen, kann sowohl diejenige sein, bei welcher der Beamte angestellt ist, als auch die Aufsichtsbehörde[28]. Die Veranstaltungen zur Täuschung der Behörde sind mit der Aufzählung im VE nicht erschöpft, auch die im geltenden Recht § 351 StGB. aufgezählten Fälle gehören dazu, also unrichtige Registerführung, Verfälschung und Unterdrückung der Rechnungen, Bücher, Register; Vorlegung unrichtiger Abschlüsse und Auszüge aus Rechnungen, falsche Belege usw.[29]. Bei den Rechnungen und Büchern ist nur an solche amtliche Schriftstücke zu denken, die des inneren Dienstes wegen zur Verwaltungsorganisation und zur Kontrolle geführt werden[30].

Obwohl den übrigen Entwürfen eine den §§ 351 StGB. und 209 VE analoge Bestimmung fehlt, sind die hier in Betracht kommenden Fälle doch berücksichtigt. Diese besonderen Erschwerungsformen der Amtsunterschlagung sind nämlich durch die allgemein erhöhte Strafdrohung für die „besonders schweren Fälle" ersetzt. Darnach können allerdings auch andere ebenso strafwürdige Fälle mit der erhöhten Strafe belegt werden[31].

[26] Vgl. RG. 26, S. 437.
[27] Vgl. Olshausen § 351 Nr. 4
[28] Begr. VE S. 636
[29] Näheres Olshausen § 351 Nr. 6 und 7
[30] „ „ § 351 Nr. 5
[31] So auch Olshausen § 350 Nr. 9 für den AE 25

Die Strafen sind bei der Amtsunterschlagung gegenüber der einfachen Unterschlagung wesentlich erhöht. Bedeutet doch die Amtsunterschlagung nicht nur einen Angriff gegen das Eigentum, sondern vor allem auch einen Angriff auf das fiskalische Vermögen. Auch enthält die Amtsunterschlagung regelmässig schon den qualifizierten Fall der Unterschlagung, die Veruntreuung. Die schweren Bestrafungsmöglichkeiten für die einfache Amtsunterschlagung haben sich auch gegenüber dem geltenden Recht erweitert. Das geltende Recht droht als Hauptstrafe Gefängnis nicht unter drei Monaten an und ermöglicht daneben die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte. Diese Hauptstrafe finden wir bei sämtlichen Entwürfen wieder. Daneben sehen aber die Entwürfe noch die „besonders schweren Fälle" vor, die sie mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestrafen. Zu den besonders schweren Fällen gehören nicht nur die Fälle der verschleierten Amtsunterschlagung, sondern eben alle in den Bestimmungen über die besonders schweren Fälle aufgezählten Möglichkeiten[32]).

Entsprechend den Bestimmungen über die einfache Unterschlagung bestrafen die Entwürfe wie das geltende Recht auch den Versuch der Amtsunterschlagung. Da ja gerade bei der Amtsunterschlagung regelmässig eine längere Frist vergeht, bis die Tat entdeckt wird, ist es Aufgabe des Gesetzes, auch schon vom Versuch abzuschrecken. Das Gebiet des Versuches wird allerdings bei der Amtsunterschlagung naturgemäss noch beschränkter sein als bei der einfachen Unterschlagung, da die Vollendung der Tat leichter nachgewiesen werden kann wegen der bestehenden strengen Dienst- und Ordnungsvorschrift.

Eine Ausnahme in der Bestrafung des Versuches macht lediglich der VE, doch erwähnt darüber die Begründung nichts. Es liegt daher der Gedanke nahe, dass diese Ausnahme nur auf einem Versehen beruht.

Der VE nimmt auch noch dadurch eine Sonderstellung ein, dass er den Fall der sogen. verschleierten Amtsunterschlagung ähnlich wie im geltenden Recht eigens geregelt hat und für dieses

[32]) Vgl. Begr. AE 25 S. 71, Begr. AE 27 S. 75

Delikt abweichend vom geltenden Recht eine Normalstrafe von 5 Jahren ausspricht, er berücksichtigt dabei noch ausdrücklich das Vorliegen mildernder Umstände und bestraft bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten. In besonders schweren Fällen ist auch bei der verschleierten Amtsunterschlagung im VE ‹wie bei der verschleierten Amtsunterschlagung im geltenden Recht und wie der einfachen Unterschlagung im VE› die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren. Im Endergebnis stimmen also die Strafmaße wieder mit dem geltenden Recht überein[33]›.

Da die Amtsunterschlagung mit Gefängnis von mindestens drei Monaten bedroht ist, kommen als Nebenstrafen noch die Massnahmen nach §§ 211 VE, 176 KE, 183 E 19, 137 AE 25 in Betracht: Die Aberkennung der Fähigkeit zu öffentlichen Aemtern oder zu einem bestimmten öffentlichen Amt für die Zeitdauer von 1–5 Jahren. Im geltenden Recht ist das nicht möglich, da die §§ 350 und 351 StGB. in § 358 StGB. nicht genannt sind. Im AE 27 gelten die Bestimmungen über den Verlust der Amtsfähigkeit ‹§§ 46 bis 48› und über den Verlust des Wahl- und Stimmrechtes ‹§ 49› allgemein auch für Personen die nicht Amtsträger sind. Im übrigen kann hier verwiesen werden auf das unter A VI der Abh. Gesagte.

Es drängt sich nun die Frage auf, ob die Beibehaltung der Amtsunterschlagung in den Entwürfen de lege ferenda gerechtfertigt ist. m. E. ist dies zu verneinen für die ersten vier Entwürfe. Diese enthalten ohnehin eine eigene Bestimmung über Erhöhung der Strafe, die ein Beamter in oder bei Ausübung der Straftat begeht[34]›. Hier bedeutet die Amtsunterschlagung eine zu kasuistische Regelung, wie der GE richtig erkannt hat ‹vgl. § 90 GE›. Der Ansicht der Begr. VE[35]›, dass die Amtsunterschlagung „sowohl

[33]› Dass in den Fälschungen der §§ 351 StGB. und 209 VE kein zutreffendes Merkmal für die Zuchthauswürdigkeit liegt, ergibt sich deutlich daraus, dass die Gerichte in der Zeit von 1905–1914 bei Verurteilungen aus dem qualifizierten Tatbestand der Amtsunterschlagung in nicht weniger als 97,6 von 100 Fällen unter Zubilligung mildernder Umstände auf Gefängnis erkannt haben. Vgl. Begr. AE 25, S. 71; AE 27, S. 75.

[34]› Vgl. §§ 210 VE, 90 GE, 174 KE, 181 E 19, ferner Gleispach 1921 S. 136; Ullmann in vergl. Darst. bes. T., 9, S. 473f

[35]› S. 635.

aus dem Gesichtspunkt der Generalprävention wie zum Schutze des fiskalischen Vermögens unerlässlich" sei, ist entgegenzuhalten, dass die allgemeine Strafschärfung gegen Beamte doch denselben Zweck erfüllen würde und dazu käme noch, dass diese den Laien verständlicher wäre.

Da in den beiden letzten Entwürfen eine allgemeine Strafschärfung gegen Beamte fehlt, ist hier gegen die kasuistische Regelung der Amtsunterschlagung nichts einzuwenden.

C.

Die privilegierte Unterschlagung

in den Entwürfen, verglichen mit dem geltenden Recht.

Unter die privilegierte Unterschlagung fallen jene Fälle, in denen eine fremde bewegliche Sache zugeeignet wird, die der Täter im Gewahrsam hat bzw. an der kein Dritter Gewahrsam hat, und zwar unter ganz besonderen Umständen, welche die Tat weniger strafwürdig erscheinen lassen. Das sind der Haus- und Familiendiebstahl und die Unterschlagung geringwertiger Gegenstände und die aus Not begangene Unterschlagung.

I. Haus- und Familiendiebstahl.

Obwohl das Delikt Haus- und Familien*diebstahl* heisst, kann es hier bei der Unterschlagung nicht übergangen werden, denn in der Regel wird dieser Diebstahl als eine Unterschlagung sich darstellen nur mit der Besonderheit, dass bestimmte nähere persönliche Beziehungen des Täters zum Verletzten vorliegen. Dass das Delikt trotzdem als Diebstahl bezeichnet wird, hängt wohl mit der Erscheinung zusammen, dass man im allgemeinen Sprachgebrauch des Volkes vielfach jede rechtswidrige Zueignung als Diebstahl bezeichnet. Es tritt auch bei diesem Delikt die Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterschlagung an Bedeutung ganz zurück hinter dem charakterisierenden Moment der besonderen Beziehung des Täters zum Verletzten. Aber trotzdem wäre eine andere Bezeichnung, etwa „Begehung in Haus und Familie" im Interesse der Klarheit zu empfehlen.

Den Haus- und Familiendiebstahl kennen alle Entwürfe ‹§§ 273 VE, 303 GE, 359 KE, 365 E 19, 302 AE 25, 335 AE 27›. Die Abweichung gegenüber dem geltenden Recht ‹§ 247 StGB. sind nur gering, soweit die privilegierten Fälle aufgezählt werden.

Der Unterschlagungstatbestand des Haus- und Familiendiebstahls hat sich entsprechend der jeweiligen Aenderung der einfachen Unterschlagung und der Eigentumsdelikte überhaupt geändert. Im geltenden Recht wird der Tatbestand des Haus- und Familiendiebstahls bestimmt durch die Tatbestände des Diebstahls und der Unterschlagung nach §§ 242, 246 StGB. § 273 VE nimmt Bezug auf seine Eigentumsdelikte § 269 ‹Diebstahl›, § 271 ‹Unterschlagung› und § 272 ‹Entwendung[1]› Soweit also darnach der Haus- und Familiendiebstahl sich als Unterschlagung darstellt, ist der Tatbestand derselbe wie im § 271 VE. Beim GE ‹§ 303› kann der Haus- und Familiendiebstahl entsprechend begangen werden, wie die strafbaren Handlungen nach den §§ 297 bis 302, also wie Diebstahl, Unterschlagung, eigenmächtige Zueignung und Entwendung ‹siehe Anm. 1› und Verfügung über fremde Wertpapiere[2]›. Soweit Unterschlagung begangen ist, kommt nur in Frage der Tatbestand des § 299, der anstatt der Veruntreuung die Depot-Unterschlagung enthält. Der KE kennt in seinem 25. Abschnitt: Angriffe gegen das Eigentum nur die beiden Grundtatbestände Diebstahl und Unterschlagung wie das geltende Recht. Die Unterschlagung im Tatbestand des Haus- und Familiendiebstahls ‹§ 359 KE› ist darnach die rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache, die sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet. Dasselbe gilt von E 19 § 365. Die scharfe Trennung zwischen Veruntreuung und Unterschlagung, die der AE 25 durchgeführt hat, findet sich auch wieder im § 302 AE 25. Im AE 27 nennt der § 335 ‹Haus- und Familiendiebstahl› Diebstahl, Unterschlagung und unberechtigte Aneignung. Für den Tatbestand der Unterschlagung gilt hier dasselbe wie im KE und E 19.

Die Unterschlagung ist relatives Antragsdelikt. In sämtlichen Entwürfen und im geltenden Recht ist der Täter, falls die privilegierenden Merkmale des Haus- und Familiendiebstahls dazukommen,

[1]› Die Entwendung ist aus Versehen mitgenannt, da sie im Entwendungsparagraphen bereits als absolutes Antragsdelikt erklärt ist; vgl. Begr. GE S. 278 und Oetker Reform I 1 S. 294.

[2]› Hier ist also eindeutig festgestellt, dass die Depotunterschlagung die gegen Angehörige begangen wird, Antragsdelikt ist. Für § 11 Dep.-Gesetz war dies bekanntlich bestritten.

nur auf Antrag zu verfolgen. Dieser Antrag kann nach VE, KE und E 19 wieder zurückgenommen werden. Der Grund, den Haus- und Familiendiebstahl nur auf Antrag zu verfolgen, liegt hauptsächlich darin, dass man nicht in interne Verhältnisse eingreifen will, deren Beurteilung dem Verletzten leichter möglich ist als der Strafbehörde. Ferner weiss es der Verletzte vielfach auch besser, was dem Täter frommt und ihm selber die geringsten Unannehmlichkeiten bringt.

Bei gewissen persönlichen Beziehungen des Täters zum Verletzten ist die Tat ohne Rücksicht auf den Wert des Objektes (1. Gruppe), bei den anderen Beziehungen lediglich dann „nur auf Antrag zu verfolgen", wenn es sich um Sachen von unbedeutenden Wert handelt (2. Gruppe[3]). Eine dritte Art von Beziehungen zum Verletzten macht den Täter überhaupt straffrei. (3. Gruppe). Wir können also darnach drei Gruppen von persönlichen Beziehungen unterscheiden, die in den Entwürfen aber teilweise oder ganz zusammengefasst werden. Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

Die Erste Gruppe von Personen: hier tritt die Verfolgung stets nur auf Antrag ein ohne Rücksicht auf den Wert der unterschlagenen Sache. Das geltende Recht nennt hier die Fälle, dass der Verletzte im Verhältnis eines Angehörigen, Vormünders oder Erziehers zu dem Täter steht. Wer Angehöriger ist, sagt § 52 Abs. II StGB., also Verwandte und Verschwägerte auf und absteigendern Linie, Adoptiv-Pflege-Eltern und -kinder, Ehegatten und Verlobte. Diese Begriffe sind im allgemeinen nach bürgerlichem Recht zu verstehen und dürfen als bekannt vorausgesetzt werden. Für das Verwandschafts- uud Verschwägerungsverhältnis ist gleichgültig die Existenz bezw. der Fortbestand der Ehe. Das Adoptivverhältnis bestimmt sich nach § 1741 ff BGB.[4]). Verlöbnis ist das beiderseitige ernstliche Eheversprechen, das nicht gegen die guten Sitten verstösst. Auf die zivilrechtliche Gültigkeit kommt es nicht an.[5]). Unter Vormund ist auch der Gegenvormund nach § 1792 BGB. zu verstehen[6]). Erzieher ist derjenige, dem die Ueberwachung und Leitung grundsätzlich der gesamten Lebensführung,

[3]) Vgl. Olshausen § 247 Nr. 2.
[4]) Höpfner S. 172.
[5]) RG. 35, S. 49, 39, S. 242.
[6]) Olshausen § 247 Nr. 4b.

besonders der sittlichen anvertraut ist; es liegt nicht im Begriff des Erziehers, dass er von Beruf erziehe[7]). In den Entwürfen ist der Kreis der genannten Personen noch um den Pfleger erweitert. Im übrigen stimmen die Entwürfe mit dem geltenden Recht in den erwähnten Punkten völlig überein; auch der Begriff der Angehörigen ist derselbe (§§ 12 Nr. 1 VE; 12 Nr. 1 GE; 12 Nr. 1 KE; 10 AE 27; 11 AE 25 und 9 E 19). Gegen die Erweiterung der hier aufgezählten Personenkategorien durch Einbeziehung des Pflegers wurden zunächst Bedenken erhoben[8]), die aber nach dem Sinn der Vorschrift nicht begründet sind[9]). Selbstredend hat aber Höpfner[10]) recht, dass der Pfleger der Leibesfrucht (§ 1912 GB.) und für unbekannte Beteiligte (§ 1913 BGB.) und der Abwesenheitspfleger nicht in Frage kommen kann.

Soweit sich die Fälle nicht zu strafrechtlicher Ahndung eignen, gibt die Befugnis des Gerichts in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen (§§ 365 Abs. II E 19; 302 Abs. III AE 25 und 335 Abs. II AE 27) die nötige Handhabe[11]). Damit ist dem Richter die Möglichkeit gegeben, das subjektive Ermessen des Verletzten, der den Antrag gestellt hat in den Fällen zu berichtigen, in denen die Stellung eines Strafantrags besser unterblieben wäre. Dasselbe gilt auch für

die zweite Gruppe von Personen: Hier tritt die Verfolgung — abgesehen von AE 27 nur auf Antrag ein, wenn es sich um Sachen von unbedeutenden Wert handelt und wenn die Unterschlagung begangen ist gegen eine Person

a) zu welcher der Täter im Lehrlingsverhältnis steht,

b) in deren häuslicher Gemeinschaft als Gesinde er sich befindet.

Zunächst ist festzustellen, dass die Zweifel, die sich an den Ausdruck „von unbedeutendem Wert" knüpften, noch nicht gelöst sind; denn der KE und die folgenden Entwürfe sprechen von „geringem Wert". Daraus lässt sich aber durchaus kein Schluss

[7]) RG. 27, S. 129.
[8]) Mittermaier Reform I 2, S. 361.
[9]) Nagel S. 82.
[10]) S. 173.
[11]) Olshausen § 247 Nr. 16b; Begr. AE 25 S. 157; Begr. AE 27 S. 171

ziehen, denn es muss wohl angenommen werden, dass diese beiden Ausdrücke tautolog zind[12]) und sie verraten nichts darüber, ob der Wert nach objektiven oder subjektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Der Ansicht, dass „unbedeutender Wert" und „geringer Wert" subjektiv, also vom Standpunkt eines der Beteiligten zu verstehen ist[13]), ist aber wohl beizupflichten, da es ja bei den ganzen Delikt auf die subjektiven Verhältnisse ankommt. Der Begriff „Lehrling" ist wohl ganz allgemein zu verstehen[14]); es gehören also die Lehrlinge nach Gew.-O. und nach HGB. (§ 76 ff) und auch die Landwirtschafts- und Forstlehrlinge dazu. Beachtenswert ist, dass der Lehrherr oft auch Erzieher sein wird. Hier ist die Unterschlagung dann ohne Rücksicht auf den Wert Antragsdelikt[15]). „Häusliche Gemeinschaft" endlich bedeutet nach Frank, dass die Betreffenden zu denselben Haushalt gehören. „Gesinde" ist wesentlich gleichbedeutend mit Dienstboden[16]). Im geltenden Recht ist es bestritten, ob nur die Tat gegen den Haushaltungsvorstand[17]) oder auch gegen dessen Familienangehörigen[18]) oder auch gegen die Hausgenossen untereinänder[19]) privilegiert sein soll. Nach den Entwürfen ist der Kreis der in häuslicher Gemeinschaft lebenden Personen erstreckt auf alle zur häuslichen Gemeinschaft gehörenden Personen, also auch auf die Angehörigen und Familienmitglieder des Hausherrn und dessen Gäste. Auch die Unterschlagung der Dienstboden untereinander ist privilegiert[20]).

Nach AE 27 § 335 ist der Täter, der unter diese Gruppe fällt, stets nur auf Antrag zu verfolgen.

Die dritte Gruppe von Personen endlich bleibt überhaupt straffrei, wenn sie eine Unterschlagung begeht. Es liegt hier ein persönlicher Strafaufschiebungsgrund vor[21]). Die Personen, für die

[12]) Höpfner S. 173; vgl. auch Sachse S. 83
[13]) Vgl. Frank § 247 II, 2
[14]) RG. 22, S. 243
[15]) RG. 35, S. 10
[16]) Olshausen 247. Nr. 7
[17]) Ebermayer, S. 658
[18]) RG. 40, S. 1; v. Liszt S. 424
[19]) Frank a. a. O.
[20]) Vgl. Begr. VE S. 751, 752; Denkschrift E 19 S. 311; Begr. AE 25, S. 157; Begr. AE 27 S. 170
[21]) Olshausen § 247 Nr. 13

diese Vergünstigung besteht, sind im geltenden Recht die Verwandten aufsteigender Linie, welche die Tat gegen die Verwandten absteigender Linie begehen, und die Ehegatten, die die Tat gegen den anderen Ehegatten begehen ‹§ 247 StGB›. Auf demselben Standpunkt stehen auch VE und GE. Gegen diese Straffreiheit wurde eingewendet, dass sie der Unredlichkeit gewissenloser Täter, besonders bei Lockerung der Familienbande, Vorschub leiste[22]. Den Aenderungsvorschlägen[23] wurden der KE und E 19 teilweise gerecht, indem sie nur die Unterschlagung gegen den Ehegatten für straflos erklären. Die beiden letzten Entwürfe kennen eine Straflosigkeit überhaupt nicht mehr.

Für die Straffreiheit wurde als Grund geltend gemacht hauptsächlich die Verworrenheit der Eigentumsverhältnisse bei so nahen persönlichen Beziehungen[24]. Es läge hier meist Irrtum über die Fremdheit der Sache vor. Die Strafe könne nicht hinreichend schützen und würde lediglich die Gegensätze in den Familien noch verschärfen. An der Strafbarkeit dieser Handlungen wird dadurch nicht gezweifelt[25]. Für die Regelung in den beiden letzten Entwürfen war offenbar massgebend der Umstand, dass auf dem Gebiet der Unterschlagung gegenüber den nächsten Verwandten und Ehegatten immerhin sehr schwere Fälle vorkommen können, die nach allgemeinem Rechtsempfinden nicht straflos bleiben dürfen, z. B. wenn der Grossvater das Geld seines Mündels unterschlägt oder der Mann das ihm anvertraute Vermögen seiner Frau verbraucht und diese in Not bringt. Da nach den erwähnten Gründen sowohl die Strafbarkeit als auch die Straflosigkeit die wichtige Momente für sich hat, wurde der Vorschlag gemacht, zu unterscheiden zwischen Unterschlagung vor, bei[26] oder nach[27] Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft. Man ist diesen Vorschlägen aber nirgends gefolgt.

Einem dem Abs. III des § 247 StGB. entsprechenden Zusatz über die Behandlung der Teilnehmer und Begünstiger haben die

[22] Mittermaier Reform I 2 S. 361
[23] Besonders v. Binding S. 306
[24] Denkschrift E 19 S. 311; Begr. AE 25 S. 157; Begr. AE 27 S. 170
[25] Sachse S. 79
[26] Mannheim Reform II S. 349
[27] Mittermaier Reform I 2 S. 361

Entwürfe nicht aufgenommen. Nach richtiger Ansicht ist diese Bestimmung hinsichtlich der Teilnehmer auch für das geltende Recht schon überflüssig, da § 50 StGB. schon diesen Fall regelt. Auch in den Entwürfen ist dies durch allgemeine Vorschriften geregelt. ⟨§§ 80 VE; 34 Satz I GE; 37 KE; 30 E 19; 28 AE 25; 32 AE 27[29]⟩. Von den Entwürfen sieht lediglich AE 27 die Teilnahme bei Haus- und Familiendiebstahl speziell vor ⟨§ 335 AE 27⟩. Das Ergebnis ist aber darnach dasselbe[30]⟩. Für Begünstiger kommt nach den Entwürfen eine Vergünstigung überhaupt nicht mehr in Frage. Es ist dies ja übrigens auch für das geltende Recht sehr bestritten, da § 247 Abs. III StGB. doch das Gegenteil vermuten lässt[31]⟩.

Die beiden letzten Entwürfe nehmen gegenüber den anderen eine Sonderstellung ein dadurch, dass der AE 27 vom Verlangen des Verletzten anstatt vom Antrag spricht. Der AE 25 spricht dagegen von der Zustimmung des Verletzten. Auf diese Aenderung einzugehen, würde zu weit führen[32]⟩, zumal es sich hier um Vorschriften prozessrechtlicher Natur handelt, die der AE 25 aus dem materiellen Recht ausgeschieden hat.

Beim Haus- und Familiendiebstahl ist es, wie bei den Antragsdelikten überhaupt, wichtig, den Verletzten zu kennen, da dieser der Antragsberechtigte ist. Es taucht hier die Frage auf, wer der verletzte Antragsberechtigte ist, wenn z. B. jemand in seiner Kasse Geld hat, das ihm zur Hälfte von einem Angehörigen und zur anderen Hälfte von einem Fremden übergeben ist und dieses zur Hälfte veruntreut[33]⟩. Kann der Angehörige durch Verweigerung der Antragsstellung die Verfolgung durch den Staatsanwalt unmöglich machen. Man wird hier dem Täter die Privilegierung des Haus- und Familiendiebstahls nicht zubilligen können, denn der Miteigentümer des Angehörigen des Täters hat auf alle Fälle

[29]⟩ Vgl. dazu Köhler VE S. 37
[30]⟩ Begr. AE 27 S. 171
[31]⟩ Sachse S. 84 und die dort Zitierten.
[32]⟩ Vgl. dazu Begr. AE 25 S. 157 und §§ 28 Abs. II und 185 Abs. III AE 25 und Begr. AE 25 S. 5.
[33]⟩ Vgl. dazu Thode S. 66, Höpfner S. 176

Anspruch auf den normalen Schutz des Eigentums. Der Einwand Höpfners[34]), dass die ratio legis für die Privilegierung des Haus- und Familiendiebstahls, eine Störung der Familienbeziehung zu vermeiden, auch hier zutreffe, erscheint nicht ausreichend für die Privilegierung; denn höher als persönliche Beziehungen steht der Schutz des Eigentums überhaupt.

II. Die Entwendung.

Durch den Ausdruck „Entwendung" soll schon äusserlich angedeutet werden, dass es sich hier um etwas anderes als um gemeine Unterschlagung oder um gemeinen Diebstahl handelt und dem Tatbestand so das Anrüchige genommen werden.[35]). Da man aber gewöhnt ist, unter „Entwenden" Bruch fremden Gewahrsams zu verstehen, wäre eine andere Bezeichnung sehr am Platze, etwa „Begehung aus Not oder Begehrlichkeit".

Die Mischtatbestände der Entwendung (§§ 272 VE, 301 GE, 360 KE, 366 E 19, 303 AE 25, 336 AE 27) entsprechen materiell demjenigen der übrigen Eigentumsdelikte; sie sind also je nachdem Unterschlagung, Veruntreuung, unberechtigte Aneignung und Diebstahl. Das Erfordernis der Bereicherungsabsicht, das zur Unterschlagung nach GE, AE 25 und AE 27 gehört, wird hier häufig nicht erfüllt sein[36]). Anstatt der Deliktsform der Unterschlagung wird hier die Entwendung meist die Deliktsform der unberechtigten Aneignung haben. Im übrigen kann hier bezüglich der Mischtatbestände auf das beim Haus- und Familiendiebstahl Gesagte verwiesen werden. Im Vergleich zum Haus- und Familiendiebstahl wird sich die Entwendung aber als Unterschlagung seltener darstellen, da der Täter, der für die Entwendung in Frage kommt, seltener Gewahrsam am Unterschlagungsgegenstand haben wird als der zum Eigentümer in enger Beziehung lebende Täter beim Haus- und Familiendiebstahl.

---

[34]) Höpfner S. 176
[35]) Denkschrift E 19 S. 312; Begr. AE 25 S. 158; Begr. AE 27 S. 171
[36]) Vgl. Schäfer, jur. Rundschau 2, S. 142

Der Tatbestand der Entwendung schliesst die allgemeinen Tatbestände der Unterschlagung, Veruntreuung usw. aus[37]. Für die Entwendung kommt es also nicht darauf an, ob der Täter den Gegenstand im Gewahrsam hatte. Typisch für die Entwendung ist das Deliktsobjekt und der innere Tatbestand.

Der Tatbestand ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Entwendung. Die Entwendung vereinigt nämlich mit einigen Abweichungen in ihrem Vergehenstatbestand die beiden Tatbestände des § 248a StGB. (Vergehen) und des § 370 Ziff. 5 StGB. (Uebertretung). Nach § 248a StGB. muss die Unterschlagung „aus Not an geringwertigen Gegenständen" begangen sein; nach § 370 Ziff. 5 StGB. ist strafbar, „wer Nahrungs- oder Genussmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutenden Wert zum alsbaldigen Verbrauch unterschlägt".

Die Entstehung der Entwendung aus zwei verschiedenen Delikten lassen die Entwürfe teilweise deutlich erkennen. Nur die ersten beiden Entwürfe haben die beiden Tatbestände völlig miteinander vermengt. Im VE § 272 hat die Entwendung die grösste Aehnlichkeit mit dem Mundraub des geltenden Rechts. Von dem Tatbestand des Mundraubs weicht die Entwendung nach § 272 VE aber nicht nur durch die erhebliche Erweiterung des Kreises der Deliktsobjekte, sondern auch sonst erheblich ab[38]. Der VE fordert nicht wie der Mundraub Entwendung zum alsbaldigen Verbrauch, und dass der Täter die privilegierten Gegenstände nur in geringer Menge genommen hat (wie nach 248a), ist nicht nötig zur Anwendbarkeit des § 272 VE. Ferner spricht er einfach von „Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs und Verbrauchs statt von „anderen Gegenständen des hauswirtschaftlichen Verbrauchs" (wie im § 370 Ziff. 5 StGB.) Die Tat ist nicht nur privilegiert, wenn der Zweck „Befriedigung eines Gelüstes" war, sondern auch wenn das Motiv der Tat „Not" war. Statt des Ausdrucks „in geringer Menge" oder „von unbedeutenden Wert" (wie in § 370 Ziff. 5 StGB.) und „geringwertig" (wie in § 248a StGB.), finden wir hier einfach den

[37] Schäfer, J. R. 2 S. 141
[38] Vgl. Höpfner S. 151

Ausdruck „von geringem Wert". Der Tatbestand der Entwendung ist also gegenüber den beiden Delikten Notdiebstahl und Mundraub, teils erweitert und teils auch beschränkt worden. Während im geltenden Recht alle Gegenstände, an denen Unterschlagung ‹oder Diebstahl› begangen werden kann, Deliktsobjekt nach § 248a StGB. sein können, wenn sie nur geringwertig sind, können Gegenstand der Entwendung nach VE nur Nahrungs- oder Genussmittel oder Gegenstände des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs sein, andererseits umfasst aber die Entwendung wieder mehr Gegenstände, als der Mundraub nach § 370 Ziff. 5 StGB. durch die neueingeführten Gegenstände des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs"[39]›.

Abweichend vom VE und noch mehr im Unterschied zum geltenden Recht definiert der GE ‹§ 301› die Entwendung als Zueignung „fremder beweglicher Sachen von geringen Wert zum alsbaldigen Gebrauch oder Verbrauch aus Not oder um eines Gelüstes willen". Hier sind also Gegenstand der vereinigten Notunterschlagungs- und Mundraubstatbestände alle Gegenstände, die überhaupt unterschlagen werden können. Die Entstehung aus Notunterschlagung und Mundraub lässt sich nurmehr daraus erkennen, dass gefordert ist, die Tat müsse „aus Not" bezw. „um eines Gelüstes willen" begangen sein.

Im KE ‹§ 360› wird der Notdiebstahl des § 248a StGB. sachlich unverändert eingestellt. Der im VE und GE damit verbundene Mundraub wird abgetrennt und in die Uebertretungen verwiesen[40]› ‹als § 421 Nr. 1›. Wir haben hier also dieselbe strenge Scheidung zwischen Notunterschlagung und Mundraub wie im geltenden Recht. Der VE und der GE haben überhaupt als die einzigen Entwürfe zwischen Mundraub und Entwendung nicht mehr unterschieden.

Der E 19 hat die Tatbestände der §§ 248a u. 370 Ziff. 5 StGB. materiell fast ohne Aenderung übernommen. Im Abs. I ‹Notentwendung› und Abs. II ‹Mundraub› des § 366. Mundraub liegt

[39]› Näheres dazu Höpfner S. 152 und 153
[40]› So wörtlich Ebermeyer KE S. 76

hier auch dann vor, wenn der Täter zwar ein teueres Nahrungs- oder Genussmittel, aber nur eine geringe Menge davon unterschlägt[41]). Aus dem geltenden Recht hat § 366 E 19 auch übernommen, dass die Gegenstände des Mundraubs zum alsbaldigen Gebrauch unterschlagen (oder gestohlen) sein müssen.

Die Entwendung in den beiden letzten Entwürfen (AE 25 § 303 und AE 27 § 336) ist dieselbe wie im E 19. Als einzige Aenderung stellen diese Entwürfe in Anlehnung an KE § 421 Nr. 1 durch den Zusatz „für sich oder seine Angehörigen" klar, dass der Verbrauch durch Angehörige (§ 11 AE 25 und § 10 AE 27) des Täters genügt[42]).

Die meisten Aenderungen in den Entwürfen stellen — abgesehen von der tiefgreifenden Veränderung durch die Verschmelzung der Tatbestände des Mundraubs und der Notentwendung im VE und GE — nur Ergebnisse der Wissenschaft und Praxis des geltenden Rechtes klar. Es ist nur die Tendenz zu beobachten, den Kreis der privilegierten Gegenstände zu erweitern.

Die Begriffe aber sind in allen Entwürfen im Wesentlichen dieselben wie im geltenden Recht: unter „Not" versteht das geltende Recht die eigene wirtschaftliche Not des Täters,[43]) auch die verschuldete[44]). Für den VE sagt die Begründung:[45]) Not bedeutet dasselbe wie die Notlage beim Wucher. Steigert sich die Not bis zum Notstand, so tritt nach allgemeiner Regel Straflosigkeit ein[46]). Während das Hauptmerkmal der Notentwendung durchwegs die „Not" ist, ist sie für den Mundraub die „Befriedigung eines Gelüstes"[47]). Unter „Befriedigung eines Gelüstes" ist jede Befriedigung eines sinnlichen Verlangens zu verstehen. Wie die Not keine augenblickliche zu sein braucht[48]), so m. E. auch nicht die Befriedigung des Gelüstes[49]). Die Not und das Gelüst müssen nur den

[41]) Denkschrift E 19 S. 313. Vgl. § 370 Ziff. 5 StGB.
[42]) Begr. AE 25 S. 158, Begr. AE 27 S. 171
[43]) Frank § 248 a IV 2
[44]) RG. 1 vom 6. März 1928. 71/28 im „Recht" 32, S. 423
[45]) Begr. VE S. 749, A. Höpfner S. 156
[46]) Höpfner S. 155 III
[47]) die VE und GE der Not überhaupt gleichstellen
[48]) RG 53, S. 243
[49]) Vgl. Höpfner S. 157, Anders Begr. VE S. 748 und Begr. GE 277

Antrieb zur Tat bilden und es muss beabsichtigt sein, durch die Handlung eine Not zu beseitigen oder ein Gelüst zu befriedigen. Die zeitliche Beschränkung der Not und des Gelüstes liegt in den Worten „zum alsbaldigen Verbrauch". Der Begriff „zum alsbaldigen Verbrauch" ⟨§§ 370 Ziff. 5 StGB, 366 E 19, 303 AE 25, 336 AE 27⟩ und „zum alsbaldigen Gebrauch oder Verbrauch" ⟨§ 301 GE⟩ ist wie „Not" und „Gelüst" ein subjektives Erfordernis[50]⟩. Die Art des Gebrauchs oder Verbrauchs richtet sich nach dem Objekt, also Nahrungsmittel werden gegessen oder getrunken, Genussmittel werden genossen, Kleider werden angezogen, Kohlen werden verbrannt usw. Als Objekt kommen im einzelnen in Betracht: „geringwertige Gegenstände" ⟨§ 248a StGB.⟩, „⟨fremde bewegliche⟩ Sachen von geringem Wert" ⟨§ 301 GE⟩, „Sachen von geringen Wert" ⟨§§ 360 KE, 366 E 19, 303 AE 25, 336 AE 27⟩, ferner „Nahrungs- oder Genussmittel oder ⟨andere⟩ Gegenstände des ⟨haus-⟩ wirtschaftlichen ⟨Gebrauchs- oder⟩ Verbrauchs ⟨in geringer Menge oder⟩ von unbedeutenden Wert" ⟨§§ 370 Ziff. 5 StGB, 366 E 19 303 AE 25, 336 AE 27⟩. Ob der Wortlaut nun heisst „Gegenstände" oder „⟨fremde bewegliche⟩ Sachen", so ist stets dasselbe darunter gemeint[51]⟩, eben fremde Sachen im Sinne der Unterschlagungsparagraphen. Die Begriffe der Nahrungs- und Genussmittel, die der Rechtspraxis aus § 350 Ziff. 5 StGB. bereits geläufig sind und sich wechselseitig keineswegs ausschliessen, sind dem allgemeinen Sprachgebrauch zu entnehmen[52]⟩. Unter „Gegenständen des hauswirtschaftlichen Verbrauchs" versteht das geltende Recht Sachen[53], die in der Hausgemeinschaft zur Erreichung und Verwirklichung ihrer Zwecke nach allgemeiner Volksanschauung gebraucht werden, also durch bestimmungsmässige Verwendung stofflich zerstört oder umgewandelt werden[54]⟩. „Gegenstände des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs" sind die, welche den einzelnen insbesondere im Haushalt zur Befriedigung der Lebens-

---

[50]⟩ Olshausen § 370 Ziff. 5 g
[51]⟩ Derselbe, § 248a 4a
[52]⟩ RG. 5 S. 289, Höpfner S. 151
[53]⟩ Im Sinne der Unterschlagungsparagraphen
[54]⟩ Olshausen § 370 Ziff. 5c

bedürfnisse dienen, indem sie von ihnen gebraucht werden[55]). Die Entwürfe weichen hier vom geltenden Recht noch insoferne ab, als sie das Wort „andere" weggelassen haben, das § 370 Ziff. 5 vor den Worten „Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs" einfügt. Dadurch soll klargestellt werden, dass auch solche Dingen Gegenstand der Entwendung sein können, die wie beispielsweise Zigarren nicht in der Hauswirtschaft verbraucht werden[56]). Der GE erreicht m. E. dasselbe, wenn er steht von „hauswirtschaftlichen" von „wirtschaftlichen Gegenständen" spricht. „Geringer Wert" und „unbedeutender Wert" bedeuten im geltenden Recht dasselbe[57]). Das kann man wohl auch für die Entwürfe gelten lassen. Die Hervorhebung „Verbrauch durch sich oder seine Angehörigen" entspricht der herrschenden Meinung bei Auslegung des § 370 Ziff. 5 StGB, bringt aber andererseits die Einschränkung auf Angehörige im technischen Sinn[58]).

Für die Entwürfe, die überhaupt eine Trennung zwischen Notentwendung und Mundraub nicht kennen (VE und GE) erhebt sich die Frage, ob man die Entwendungsgegenstände zu Gunsten des Mundraubstatbestandes einschränken oder zu Gunsten der Notentwendung erweitern soll[59]) Die Erweiterung hat der VE abgelehnt, während sie der GE vorgenommen hat. Schon um diese Frage nicht lösen zu müssen und um die Gegenstände des Mundraubs und der Notentwendung individuell behandeln zu können, muss man den letzten Entwürfen den Vorzug geben, da sie die beiden Tatbestände scheiden. Die Scheidung des geltenden Rechts und des KE in zwei Delikte, und zwar in ein Vergehen und in eine Uebertretung, geht dagegen wieder zu weit, weil die beiden Tatbestände rein systematisch zusammengehören, und weil sie auch in den gleichen Strafrahmen passen[60]). Es ist auch nicht einzusehen, warum der Täter, der zur Befriedigung eines Gelüstes handelt, leichter bestraft werden soll, als derjenige, der aus Not handelt.

[55]) Höpfner S. 152/153
[58]) Vgl. Olshausen § 248a Nr. 14 und § 370 Ziff. 5f
[59]) Vgl. Begr. VE S. 748
[60]) Vgl. Denkschrift E 19 S. 312; Begr. VE S. 158 sagt mit Recht, dass es sich beim Mundraub doch um mehr als blosse Ordnungswidrigkeiten handelt.

Während beim Haus- und Familiendiebstahl die Privilegierung darin besteht, dass zur Bestrafung der Antrag des Verletzten nötig ist, haben die Entwürfe ihren eigenen Strafrahmen. Naturgemäss ist die Strafe bei der Entwendung eine bedeutend mildere als bei der Unterschlagung: Als Hauptstrafe drohen AE 25 § 303 und AE 27 § 336, Gefängnis bis zu 3 Monaten oder Geldstrafe an. E 19 § 366 beschränkt die Geldstrafe auf 500 RM, Gefängnis bis zu 3 Monaten und Geldstrafe bis zu 500 RM spricht auch KE § 360 aus für die „Entwendung aus Not". Für den abgetrennten Mundraubtatbestand kommt die allgemeine Uebertretungsstrafe in Betracht (§ 57 KE). Die Strafen des GE sind gegenüber dem E 19 doppelt so hoch: 6 Monate Gefängnis oder 1000 RM Geldstrafe. Der Mannigfaltigkeit der Fälle, die sich aus der Vereinigung der Tatbestände Notentwendung und Mundraub ergeben können, trug am besten Rechnung der VE mit seiner Strafdrohung: Geldstrafe bis zu 1000 RM oder Haft oder Gefängnis bis zu 6 Monaten. Im geltenden Recht ist die Strafe im Falle des § 248a StGB. Geldstrafe bis zu 300 RM oder Gefängnis bis zu 3 Monaten, im Falle des § 370 Ziff. 5 StGB. die gewöhnliche Uebertretungsstrafe, Geldstrafe bis zu 150 RM oder Haft nach § 18 StGB.). Die Strafe haben also die Entwürfe nur wenig erhöht. Trotzdem bedeutet die Einreihung in die Vergehen für den Mundraub eine gewaltige Straferhöhung, die aber praktisch nur bei besonders schweren Fällen zur Auswirkung kommen dürfte.

Im übrigen kann hier auf das unter A VI der Abhandlung Ausgeführte verwiesen werden, besonders wegen des Strafrahmens und der besonders leichten und besonders schweren Fälle.

Der Versuch ist wie im geltenden Recht teilweise nicht strafbar. Der KE hat die Strafbarkeit des Versuchs für die „Entwendung aus Not" eingeführt und E 19 hält noch daran fest. Es würde sonst, sagt die Denkschrift[61]), der Strafschutz gegen Diebstahl und Unterschlagung zu sehr abgeschwächt, wenn der bei der Ausführung überraschte Täter sich Straffreiheit durch die häufig

[61]) S. 313

unwiderlegbare Behauptung verschaffen könnte, er habe nur Nahrungs- oder Genussmittel zum alsbaldigen Verbrauch oder aus Not geringe Mengen wegnehmen wollen[62]) Diesen Gründen hat sich auch noch AE 25 § 303 angeschlossen.

„Wer die Tat gegen seinen Ehegatten oder einen Verwandten absteigender Linie begeht, bleibt straflos". Diese Vergünstigung hat der KE aus dem geltenden Recht (§ 248 a StGB.) für die „Entwendung aus Not" übernommen (360 Abs. IV KE) und die späteren Entwürfe haben sie sämtlich auf den Entwendungstatbestand ausgedehnt. (§ 366 Abs. VI E 19, § 303 Abs. VI AE 25, § 336 Abs. V AE 27). Die Bedenken, die der Aufrechterhaltung einer solchen Vorschrift für die gewöhnliche Unterschlagung entgegenstehen (vgl. Begr. AE 25 S. 157, Begr. AE 27 S. 170), liegen hier nicht vor[63]). Die Straferhöhung in den Entwürfen gegenüber dem geltenden Recht wird ausgeglichen durch die Bestimmung, dass in besonders leichten Fällen das Gericht überhaupt von Strafe absehen kann (§§ 272 Abs. I VE, 301 Abs. III GE, 366 Abs. VE 19, 303 Abs. V AE 25, 336 Abs. IV AE 27). Die Entwendung stellt an sich ja in der Regel einen besonders leichten Fall der Unterschlagung dar. Es muss also ein besonders leichter Fall im Vergleich zu den gewöhnlich vorkommenden Entwendungsfällen vorliegen, sodass die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde[64]).

Die Entwendung wird noch ganz besonders dadurch privilegiert, dass die Strafverfolgung wie beim Haus- und Familiendiebstahl von der Stellung des Strafantrags abhängig ist. Diese Vorschrift findet sich in allen Entwürfen, sowie im Tatbestand des § 248 a StGB. Im VE, KE (§ 360), E 19 und im geltenden Recht (§ 248a StGB.) wird der Antrag auch noch für zurücknehmbar erklärt.

---

[62]) Vgl. dazu Mannheim, Reform II, S. 350
[63]) Begr. AE 25 S. 158, Begr. AE 27 S. 171
[64]) Höpfner S. 160

D.

Die ergänzenden Fälle.

Als ergänzende Fälle kommen in Frage die „eigenmächtige Zueignung" bezw. „die unberechtigte Aneignung" und die „dauernde Entziehung von Sachen". Es sind diese Delikte als ergänzende Fälle zusammengefasst, weil sie die durch die Aenderungen in den Entwürfen entstandenen Lücken, die im geltenden Recht vom Unterschlagungstatbestand ausgefüllt werden, ergänzen. Als ergänzender Fall ist auch die Zueignung von Munition zu betrachten. ⟨Vergl. unter D III der Abh.⟩

I. Eigenmächtige Zueignung und unberechtigte Aneignung.

Dadurch, dass die Unterschlagung nach GE § 299, AE 25 § 301 und AE 27 § 333 auf die Fälle beschränkt wird in denen, der Täter in Bereicherungsabsicht handelte, scheiden alle übrigen Fälle aus dem Tatbestand der Unterschlagung aus. Diese Fälle haben der GE in § 300 ⟨eigenmächtige Zueignung⟩ und der AE 27 in § 334 ⟨unberechtigte Aneignung⟩ zusammengefasst[1]⟩. Darnach wird bestraft „wer ohne Bereicherungsabsicht eine fremde bewegliche Sache sich zueignet", bezw. „wer abgesehen von den Fällen des Diebstahls oder der Unterschlagung ⟨Bereicherungsdelikte!⟩ eine fremde bewegliche Sache sich oder einem anderen rechtswidrig zueignet". Beide Delikte treffen somit alle Fälle, die nicht von Unterschlagung und Diebstahl erfasst werden wegen der dort geforderten Bereicherungsabsicht. Beide Delikte treffen ferner die Fälle, die von der Unterschlagung nicht erfasst werden können, weil dort gefordert ist, dass sich die Sache nicht im Gewahrsam eines anderen befindet; also die Fälle, in denen ein Dritter Gewahrsam hat, der nicht der Verletzte ist. Durch diese Ergänzungsvorschriften sollen

[1]⟩ Begr. S. 276, Begr. AE 27 S. 170.

nach der Begr. AE 27[2]) vor allem getroffen werden die Wegnahme von Briefen aus Furcht vor Blosstellung, Wegnahme politisch wichtiger Dokumente und die Wegnahme durch den eigenmächtigen Begüterten, der einen dem Wert der Sache entsprechenden Geldbetrag zurücklässt. Futum usus soll nach ausdrücklicher (m. E. überflüssiger) Erklärung der Begründung[3]) nicht darunter fallen.

Trotz der verschiedenen Formulierung der §§ 300 GE und 334 AE 27 ist der Tatbestand derselbe. Als Deliktsobjekt kommt in diesem Zusammenhang (mit der Unterschlagung) nur eine fremde bewegliche Sache, die Unterschlagungsgegenstand sein kann, in Betracht. Die Handlung ist „sich zueignen" (§ 300 GE) und „sich oder einem anderen zueignen" (§ 334 AE 27). Wegen der Verschiedenheit dieser beiden Ausdrücke gilt das zu A II der Abh. Gesagte. Man wird wohl auch hier annehmen dürfen, dass mit beiden Begriffen dasselbe gesagt ist und unter „sich Zueignen" auch die unentgeltliche Weitergabe an einen Dritten gemeint ist. Da die Praxis für das geltende Recht bereits auf diesem Standpunkt sich befindet[4]), hätten die Entwürfe ja sonst Stellung nehmen müssen, vielleicht durch den Zusatz „sich selbst" im § 300 GE. Wenn der § 334 AE 27 den Zusatz „sich oder einem anderen" macht, so zeigt dies, dass die Praxis auf dem richtigen Wege war.

Als Strafe hat AE 27 § 334 die Unterschlagungsstrafe, also Gefängnis festgesetzt, während der GE eine mildere Strafdrohung hat, nämlich Gefängnis beschränkt auf 1 Jahr oder Geldstrafe bis zu 5000 RM. Im Vergleich zum geltenden Recht kann also AE 27 z. B. die Unterschlagung politisch wichtiger Dokumente höher bestrafen, das geltende Recht dagegen wieder höher als der GE. Im übrigen vergleiche das über die Strafen unter A VI der Abh. Dargelegte.

Wie bei der Unterschlagung im AE 27 (§ 333) und im geltenden Recht (§ 246 StGB) ist der Versuch der unberechtigten

---

[2]) S. 164.
[3]) Begr. AE 27 S. 170.
[4]) Für den ananlogen Fall der Unterschlagung vergl. RG 5, S. 7, 42, S. 21, 47, S. 325.

Aneignung unter Strafe gestellt. Im GE finden wir diese Bestimmung dagegen nicht.

Die mildere Behandlung im GE kommt auch noch zum Ausdruck durch das Antragserfordernis ‹§ 300 Abs. III GE› und durch die ausdrückliche Ermöglichung, besonders leichte Fälle straflos zu lassen. Die Aufzählung der besonders leichten Fälle finden wir im § 88 GE. Solche liegen darnach vor, wenn die Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint. Diese Fälle können leicht praktisch werden, da die Aneignung z. B. bei Ersatzleistung wohl meist unbedeutende Folgen haben wird und bei Wegnahme von Briefen regelmässig der verbrecherische Wille des in Verlegenheit befindlichen Täters gering ist und die Wegnahme politisch wichtiger Dokumente oft nach den Umständen entschuldbar erscheinen wird, da der Täter sich zur Tat häufig verpflichtet fühlen wird.

AE 27 § 334 sagt im Gegensatz zum GE § 300: in besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren. Der Entwurf sieht dabei die Fälle vor, dass der Täter z. B. vor einem Einschleichen in fremde Räume oder einer gewaltsamen Eröffnung fremder Behältnisse nicht zurückscheut[5]›.

[5]› Begr. AE 27 S. 170. Diese Fälle haben aber nur bei Diebstahl Bedeutung.

II. Dauernde Entziehung von Sachen.

Die Unterschlagung nach dem AE 25 ist Bereicherungsdelikt, wie bereits festgestellt wurde. Als Ergänzung für die dadurch straflos bleibenden Fälle der „Unterschlagung" ohne Bereicherungsabsicht kommt hier nur § 304 AE 25 ‹dauernde Entziehung von Sachen› in Frage. Diesen Tatbestand nennt übrigens auch der AE 27 ‹§ 337›, sachlich stimmen damit auch überein die „arglistige Entziehung von Sachen" des E 19 und 368, die „arglistige Benachteiligung" des KE § 373, und die „Sachbeschädigung" des GE § 305. In diesen Fällen handelt es sich aber nicht um einen Ergänzungstatbestand der Unterschlagung[1]).

§ 304 AE 25 lautet:

„Wer in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eine fremde bewegliche Sache einem anderen dauernd entzieht, wird . . . . bestraft". Wenn nicht die Benachteiligungsabsicht gefordert wäre, so wäre dieser Tatbestand geeignet, alle im Unterschlagungstatbestand und überhaupt in den Eigentumsdelikten nur immer auftretenden Lücken zu schliessen. Denn m. E. kann man unter „Entziehen" nicht nur ein „Wegnehmen" verstehen[2]). „Entziehen" wird als engerer Begriff auch das „Zueignen" umfasst. Es ist also zweifellos § 304 AE 25 auch ein Ergänzungstatbestand der Unterschlagung.

Nach § 304 AE 25 muss die Entziehung geschehen in Benachteiligungsabsicht. Diese mag immerhin, wenn die Bereicherungsabsicht fehlt, beim Täter in der Regel vorliegen. Hier lässt sich dann das Delikt unter § 304 AE 25 subsumieren. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen eine Sache „unterschlagen" wird ohne Bereicherungsabsicht und ohne Benachteiligungsabsicht. Der AE 25 hat also keine Möglichkeit z. B. den Millionär zu bestrafen,

[1]) Denn die Unterschlagungen nach KE und E 19 sind keine Bereicherungsdelikte und im GE und E 27 werden diese Tatbestände durch die in D I der Abh. erwähnten Fälle ausgeschlossen.

[2]) Sodass also § 304 AE 25 nur in den Fällen des „Diebstahls" ohne Bereicherungsabsicht ergänzend eingreifen würde.

der in irgend einer Laune einen Gegenstand, der ihm gefällt, dem rechtmässigen Eigentümer nicht herausgibt und diesem gegen seinen Willen Ersatz in Geld leistet[3]. Dies würde mit Recht den Vorwurf der Klassenjustiz verdienen[4]. Eine eingehende Befassung mit der „dauernden Entziehung von Sachen" passt nicht in den Rahmen der Abhandlung, da dieses Delikt ja nur im AE 25 als Ergänzungstatbestand der Unterschlagung in Betracht kommt und im übrigen hauptsächlich gedacht ist als Sanktion jener „Sachentfremdungen", die von der Unterschlagung und den übrigen Eigentumsdelikten nicht mehr getroffen werden, weil der Zueignungsbegriff zu eng ist. Es kann daher im übrigen wohl verwiesen werden auf die einschlägige Literatur[5].

Ausnahmsweise kann das Delikt der „dauernden Entziehung von Sachen" überhaupt für alle Entwürfe von Bedeutung sein als Ergänzungstatbestand der Unterschlagung. Dies ist der Fall, wenn der Richter dem Täter, der eine Sache dem Eigentümer „entfremdet" hat, eine „Zueignung" nicht nachweisen kann oder Zweifel darüber hat, ob Aneignungsabsicht vorlag. Häufig aber wird dieser Fall nicht vorkommen, da der Richter andererseits bei der Auslegung des Wortes „dauernd" auf Schwierigkeiten stossen wird.

Von Interesse ist noch die Bestrafung dieses Delikts. Während der AE 25 die Unterschlagung mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft, ist die Strafe für die „dauernde Entziehung von Sachen", also auch für die Unterschlagung (im Sinne des geltenden Unterschlagungsbegriffs) in Benachteiligungsabsicht ohne Bereicherungsabsicht, Gefängnis bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Diese Strafe liegt bedeutend unter den Strafen des geltenden Rechts, das eine Gefängnisstrafe bis zu 3 Jahren bzw. 5 Jahren verhängen kann. Ein höherer Strafrahmen wäre aber m. E. sehr angebracht, da der Täter bei der „dauernden Entziehung von Sachen" ein gemeinschädlicheres Verhalten an den Tag legt als bei der Unterschlagung in Bereicherungsabsicht; es werden hier Vermögenswerte der Wirtschaft entzogen

[3] Vgl. Mannheim Reform II S. 343
[4] Vgl. Begr. VE S. 733. Mittermaier Reform I 2 S. 347f
[5] Vgl. besonders die zusammenfassende Darstellung: Rottmüller S. 28 ff, Begr. AE 25 S. 158 und 159

aus blosser Schädigungsabsicht, also aus purer Bosheit. Andererseits ist es zu billigen, dass die Tat nur auf Verlangen verfolgt werden kann und das Gericht die Möglichkeit hat, in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen. Dieses Antragserfordernis ist sehr berechtigt, weil es sich hier meist um Fälle handeln wird, in denen der Täter zum Verletzten in naher persönlicher Beziehung steht[6]), sehr oft sogar in einem Verhältnis der Angehörigkeit wie beim Haus- und Familiendiebstahl. Die Möglichkeit des Gerichts, von Strafe überhaupt abzusehen, dürfte regelmässig die Fälle treffen, in denen die Nachteilszufügungsabsicht aus gegenseitiger Gehässigkeit hervorgegangen ist.

[6]) Denn sonst käme es nicht zu einer persönlichen Gehässigkeit und Nachteilszufügungsabsicht.

III. Zueignung von Munition.

Unter Umständen kann sich die Zueignung fremder beweglicher Sachen, an denen der Täter Gewahrsam hat, oder an denen kein Dritter Gewahrsam hat, als ein Delikt ganz eigener Art sich darstellen, das ist z. B. gegeben, wenn der landwirtschaftliche Pächter eines Militärschiessplatzes oder der Landwirt nach einem Manöver auf seinem Grundstück die verschossene Munition sich zueignet. Von einer Unterschlagung kann natürlich auch da nur die Rede sein, wenn nicht anzunehmen ist, dass die Munition derelinquiert ist.

Das Delikt der „Zueignung von Munition" §§ 154 VE, 362 KE, 367 E 19, 291 StGB. scheint zunächst einen privilegierten Fall der Unterschlagung zu enthalten wegen der geringen Strafdrohung gegenüber der Unterschlagung im geltenden Recht und in den Entwürfen. Die geringere Strafe kommt aber wohl daher, dass es sich hier nicht gerade um die schwersten Fälle von Zueignung handelt. Die Wissenschaft sagt ausdrücklich, dass § 291 StGB. nicht deshalb in das Strafgesetzbuch aufgenommen worden ist, um einen milder zu bestrafenden Sonderfall ⟨des Diebstahls oder⟩ der Unterschlagung zu schaffen, sondern um das Interesse des Fiskus hinsichtlich der verschossenen Munition besser zu schützen als es durch die Vorschriffen über Diebstahl und Unterschlagung schon geschützt war[1]⟩. Wenn man zunächst dahingestellt sein lassen will, ob § 291 StGB. ein Sonderdelikt der Unterschlagung ⟨und des Diebstahls⟩ ist[2]⟩, so ist § 291 StGB. doch unbestreitbar ein Ergänzungsdelikt der Unterschlagung ⟨und des Diebstahls⟩ insofern, als er alle Fälle trifft, in denen der objektive[3]⟩ und noch mehr der subjektive Tatbestand des Diebstahls oder der Unterschlagung nicht nachweisbar ist, mag er auch tatsächlich vorhanden sein[4]⟩.

[1]⟩ Olshausen § 291 Nr. 2 vergl. bes. auch Köhler, die Grenzlinien zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz. 1900 S. 119 f.
[2]⟩ Also ob § 291 StGB. den § 246 StGB. ausschliesst.
[3]⟩ Also nicht festgestellt ist, ob die Sache derelinquiert ist oder nicht.
[4]⟩ Olshausen a. a. O.

Für die Entwürfe aber, die die Zueignung von Munition in den Abschnitt über Diebstahl und Unterschlagung eingestellt haben, also für den KE und E 19[5], ergibt sich m. E. notwendig, dass die „Zueignung von Munition" mindestens auch Eigentumsdelikt ist, also die Fälle der „Unterschlagung" von Munition mitumfasst und diese ausschliesst. Teilweise haben die Entwürfe[6] überhaupt die Strafdrohung gegen Zueignung von Munition gestrichen, da die allgemeinen Strafdrohungen gegen Diebstahl und Unterschlagung völlig ausreichen[7].

Der Tatbestand dieses Deliktes ist nach den Entwürfen mit geringen Abweichungen derselbe wie im geltenden Recht, im VE stimmt er damit sogar völlig überein. Entsprechend der modernen Geschosstechnik sprechen die Entwürfe KE und E 19 abweichend von der Kasuistik des geltenden Rechts (§ 291 StGB.) und des VE (§ 154) allgemein von „Munition, die bei militärischen Uebungen verschossen worden ist". Neben der Munition nennen die Entwürfe auch die „Teile davon". Es sollen dadurch z. B. auch die Hülsen der Infanteriemunition getroffen werden. Wörtlich sagt dazu die Denkschrift zum E 19[8]: Diese Ausdehnung des Tatbestandes enthält zugleich eine Milderung gegenüber dem geltenden Recht. Es wird für die Zukunft die in der Rechtssprechung vertretene Auffassung unmöglich gemacht, dass die Zueignung der nicht in § 291 StGB. genannten Munition z. B. gerade der Hülsen der Infanteriepatronen (Diebstahl oder) Unterschlagung sein kann[9]. Die strafbare Tätigkeit wird im Unterschied vom geltenden Recht und entsprechend dem jeweiligen Unterschlagungstatbestand erweitert durch die Fassung, dass der Täter die Gegenstände „sich oder einem Dritten" rechtswidrig zueignet. Dass für die Rechtssprechung der Zusatz „oder einem Dritten" zueignet, keine Erweiterung mehr bedeutet, wurde bereits bei der Unterschlagung dargelegt.

[5] §§ 362 KE, 367 E 19.
[6] GE, AE 25 und AE 27.
[7] Goldschmidt Reform I, 2 S. 113 f. Begr. GE S. 187.
[8] S. 319.
[9] Mit dieser Bemerkung wird indirekt gesagt, dass die „Zueignung von Munition" den Unterschlagungs- oder Diebstahlstatbestand ausschliesst, also ein Sonderdelikt diesem gegenüber ist.

Als Hauptstrafe drohen die Entwürfe KE und E 19 für die „Zueignung von Munition" Gefängnis bis zu einem Jahr an, also dieselbe Strafe wie das geltende Recht und der VE, aber eine weit geringere Strafe als die Unterschlagungsparagraphen. Während aber im geltenden Recht die Geldstrafe wie bei der Unterschlagung bis zu 900 RM sich beläuft, und im VE bis zu 1000 RM, ist sie nach den Entwürfen KE und E 19 auf 20000 RM erhöht worden mit Rücksicht auf die erheblichen Werte um die es sich hierbei handeln kann[10]). Praktisch wird es sich aber in der Regel um ganz leichte Fälle handeln. Hier kann von Strafe ganz abgesehen werden.

Weiter auf dieses Delikt einzugehen halte ich für überflüssig, da es über das Thema hinausgeht und das Delikt überhaupt bald von der Bildfläche verschwinden wird, und dies mit Recht, denn es stellt eine zu kasuistische Regelung dar. Bei dem heutigen Heereswesen wäre eine Sonderschutzbestimmung für militärische Gegenstände auch praktisch fast ohne Bedeutung.

---

[10]) Denkschrift E 19 S. 314